Die Erhebung der Einrede des Notbedarfs aus § 519 BGB durch andere Personen als den Schenker.

Rechtsvergleichend.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
juristischen Doktorgrades
an der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Berlin

Von
Theodor Weyer
Assessor aus Bitterfeld

Druck von Erich Leuschner, Drebkau N.-L.
1940

J 22

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Berichterstatter: Universitätsprofessor Dr. Titze
Gegenberichterstatter: Universitätsprofessor Dr. Hedemann

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juni 1939
Tag der Promotion: 2. Oktober 1939

Meinen Eltern!

Inhaltsübersicht.

		Seite
Einleitung		1
1. Kapitel:	Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage und der Unterhaltspflichten des Schenkers im ausländischen und im österreichischen Rechte	3 — 18
2. Kapitel:	Zweck und Rechtsnatur der Einrede im deutschen Recht	19 — 29
3. Kapitel:	Der Geltungsbereich der Einrede beim Erben	30 — 37
4. Kapitel:	Der Geltungsbereich der Einrede bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft	38 — 40
5. Kapitel:	Die Erhebung der Einrede durch den Schuldübernehmer	41 — 47
6. Kapitel:	Die Einrede in den Fällen der Bürgschaft und des Garantievertrages	48 — 50
7. Kapitel:	Die Geltung der Einrede beim Pfandgeber	51 — 52
8 Kapitel:	Der Fall der Vermögensübernahme	53 — 54
9. Kapitel:	Schutz der Gläubiger	55 — 56
10. Kapitel:	Vorschläge für die künftige deutsche Gesetzgebung	57 — 60

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548011_0094

Einleitung.

Der Schenker erweist dem Beschenkten durch seine Freigebigkeit ein Zeichen der Zuneigung und des Großmuts. Er darf darum auch seinerseits auf ein gewisses Maß von Dankbarkeit des Beschenkten vertrauen. Das Fehlen der Gegenleistung legt dem Beschenkten eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Vermögensverhältnisse des Schenkers auf, wie sie sonst ein Gläubiger nicht zu erweisen, ein Schuldner nicht zu beanspruchen hat. Das Recht schützt den Freigebigen gegen Verschwendungssucht und Leichtsinn, und zwar zunächst in seinem eigenen, sodann aber auch in einem noch zu bestimmenden Umfange in dem Interesse seiner Familie und anderer Personen.

In dieses Fragengebiet gehört die Einrede des Notbedarfs des Schenkers aus § 519 BGB. Der Schenker darf danach bei einem Schenkungsversprechen die Erfüllung verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verbindlichkeiten außerstande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird.

Wird nun nicht der Schenker selbst, sondern eine andere Person aus dem Versprechen in Anspruch genommen, zum Beispiel ein Erbe, ein Teilnehmer an einer fortgesetzten Gütergemeinschaft, ein Schuldübernehmer, ein Bürge oder ein Pfandgeber für fremde Schuld, so ist es zweifelhaft, ob und in welchem Umfange diese Personen sich auf ihre eigene Bedürftigkeit oder die des Schenkers berufen können.

Die Ansichten hierüber gehen auseinander. Dem Erben zum Beispiele versagt die herrschende Meinung[1]) die Einrede mit der Begründung, sie sei ausschließlich auf die persönlichen Beziehungen des Erblassers zum Beschenkten gegründet. Diese Meinung faßt also die Einrede als höchstpersönliches Recht auf. Beim Schuldübernehmer wiederum verneinen andere[2]) die höchstpersönliche Natur der Einrede und gewähren sie dem Übernehmer. Eine einheitliche und befriedigende Antwort ist nur zu finden, wenn man den Zweck der Einrede genau erkennt und ihn zusammen mit den Besonderheiten des jeweiligen Schuldverhältnisses beachtet.

Dieser Fragenkomplex soll im folgenden erörtert werden; in erster Linie für das deutsche bürgerliche Recht, aber doch nicht ohne vergleichsweise Heranziehung auch anderer Rechtsordnungen.

---

[1]) Knoke, Iher. Jahrb. Bd. 60, S. 427; Staudinger-Kober, 9. A., Anm. 9 zu § 519, S. 316; Planck-Siber, Anm. 1 zu § 519, S. 784; and. Ans.: RGRK Anm. 3 zu § 519, S. 139.

[2]) Radicke, ArchBürgR, Bd. 32, S. 402 mit weiteren Zitaten. Siehe auch das 5. Kapitel der vorliegenden Arbeit.

Der Vergleich mit ausländischen Rechten kann hierbei in sehr verschiedener Weise zur Erkenntnis und Kritik des deutschen Rechtes beitragen, wie an einigen grundsätzlichen Beispielen gezeigt sei.

1) Die zum Vergleich herangezogene Kodifikation hat eine bestimmte Frage eindeutig oder doch genauer beantwortet als das Bürgerliche Gesetzbuch. So bestimmt zum Beispiel § 1354 des Allgemeinen Österreichischen Gesetzbuches, daß der Bürge sich nicht auf Einwendungen berufen darf, die ihren Grund in der Unzulänglichkeit des Vermögens des Hauptschuldners haben, während das BGB über diese Frage schweigt.

In derartigen Fällen ist zu fragen, ob die Grundgedanken des deutschen und des mit ihm verglichenen Rechts die gleichen sind, sodaß der ausdrückliche Anspruch des fremden Gesetzgebers auch als stillschweigender Gesetzesinhalt für das BGB anzuerkennen ist.

2) Die ausländische Wissenschaft oder Praxis hat bestimmte im deutschen Gesetz nicht, im ausländischen nur teilweise geregelte Einzelfragen geklärt. So hat die französische Wissenschaft sich eingehend mit dem Problem befaßt, aus welchem Grunde der code civil im Artikel 957 den Widerruf wegen Undanks, zu dem Artikel 955 Ziffer 3 die Verweigerung des Unterhalts an den bedürftigen Schenker rechnet, innerhalb gewisser Schranken auf die Erben übergehen läßt. Da das deutsche Recht die Erhebung der Einrede des Notbedarfs durch den Erben nicht geregelt hat, ist es aufschlußreich, diese Erwägungen zu würdigen, und ihre Anwendbarkeit für das deutsche Recht zu prüfen.

3) Ein ausländisches Gesetz beruht auf einem Grundgedanken, der im deutschen Recht nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, den es aber versteckt enthält, oder der doch zumindest nach dem Zwecke des Rechtsinstituts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Nationalsozialismus anzuerkennen ist. So betonen das österreichische, schwedische, französische und italienische Recht in besonderem Maße den Schutz der Familie, indem sie zu deren Gunsten bei der Verschenkung von Grundstücken (Schweden) oder allgemein bei jeder Verkürzung des Unterhalts (Österreich) Ansprüche auf Unterhalt oder bei nachträglicher Geburt von Kindern (Frankreich, Italien) bestimmte Widerrufsrechte gewähren.

4) Der Vergleich mit anderen Rechten führt endlich in das Gebiet der Rechtskritik. Hat man festgestellt, daß ein ausländischer, mit dem deutschen Empfinden vereinbarer Rechtssatz auch bei weitester Auslegung noch nicht als geltendes Recht anzuerkennen ist, so wird man jenen Rechtssatz als Leitgedanken bei der Neugestaltung des deutschen Rechts im Auge behalten. Dabei ist auch eine mehr technische Seite nicht zu vergessen, nämlich die Frage, wie ein deutsches Gesetz ohne Änderung seines materiellen Inhalts besser gefaßt werden kann.

1. Kapitel.

Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage und der Unterhaltspflichten des Schenkers im ausländischen und im österreichischen Rechte.

Das deutsche Recht gewährt in dem bereits aufgeführten § 519 BGB dem bedürftigen Schenker die Einrede des Notbedarfs. Diese Rechtswohltat wurde ihm schon im römischen und im gemeinen Rechte als beneficium competentiae zugestanden. Das BGB hat die Vorschrift nach der Auffassung der Mitglieder der Kommission für die zweite Lesung aufgenommen, weil der Beschenkte durch das Einfordern der vollen Leistung von dem bedürftigen Schenker gegen den Anstand und die guten Sitten verstoßen würde.[1]) Andere gehen über diesen individualethischen Gedanken hinaus und erklären die Vorschrift als soziales Schutzprinzip[2]), das es nicht dulde, daß der Schenker durch rücksichtslose Verfolgung der Ansprüche aus dem Schenkungsversprechen ruiniert werde. Einige Schriftsteller meinen, es handele sich um einen Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus[3]) oder um einen „Vorbehalt", daß der Schenker nur dann voll erfüllen wolle, wenn er dazu imstande sei.[4]).

Alles dies wird im nächsten Kapitel im einzelnen behandelt. An dieser Stelle möge die obige Übersicht als Richtschnur für die nun folgende Darstellung des ausländischen Rechtes genügen.

Das Schweizerische Obligationenrecht zählt unter den Gründen, die zum Widerruf eines Schenkungsversprechens führen können, in Artikel 250 Ziffer 2 den Fall auf, daß seit dem Versprechen die Vermögensverhältnisse des Schenkers sich so geändert haben, daß die Schenkung ihn außerordentlich schwer belasten würde, und fügt in Ziffer 3 den Fall hinzu, daß dem Schenker nachträglich familienrechtliche Pflichten erwachsen sind, die vorher nicht oder in erheblich geringerem Maße bestanden haben. Die Veränderungen werden nur auf ausdrückliches Vorbringen berücksichtigt und können je nachdem zum Wegfall des Schenkungsversprechens oder zu einer bloßen Ermäßigung führen[5]).

Dem Erben gesteht das schweizerische Recht die Einrede zu, wenn der Schenker vor Ablauf eines Jahres seit dem zum Widerruf berechtigenden Ereignis verstorben ist (Artikel 251). Der gesetzgeberische Grund ist die Vermutung, daß der Schenker sein Recht selbst geltend gemacht hätte, wenn er nicht durch den Tod daran verhindert worden wäre.[6])

---

[1]) Protokolle II, S. 22.

[2]) Staudinger-Kober, 9. Aufl., Anm. I a zu § 519, S. 315.

[3]) Stahl, Die clausula rebus sic stantibus im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 24.

[4]) Krückmann, ArchZivPr. 131, S. 95, 46.

[5]) Oser Anm. 2 zu Art. 250, S. 565.

[6]) Hans Schmid, Die Schenkung nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, S. 130.

Auffällig ist, daß das schweizerische Recht auf die Veränderungen seit dem Vertragsschluß abstellt. Es mag daher nach dem schweizerischen Recht unbedenklich gesagt werden, „es handele sich um einen Anwendungsfall der nicht allgemein geltenden clausula rebus sic stantibus"[1]). Hinzu kommt aber der soziale Gedanke des Artikels 250 Ziffer 3 für den Fall des nachträglichen Erwachsens familienrechtlicher Pflichten. Dieser Gedanke wird jedoch auf ein mehr individualistisches Prinzip dadurch zurückgeführt, daß die Veränderungen seit dem Vertragsschluß eingetreten sein müssen, daß also der Schutz des Schenkers und seiner Familie entfällt, wenn er seine Pflichten bereits bei Abgabe des Versprechens übersehen konnte.

Das österreichische Recht bestimmt in § 946 aBGB, daß Schenkungsverträge grundsätzlich nicht widerrufbar sind. Es bestehen aber Ausnahmen.

Gerät der Geldschenker „in der Folge in solche Dürftigkeit, daß es ihm an dem nötigen Unterhalte gebricht, so ist er befugt, jährlich von dem geschenkten Betrage die gesetzlichen Zinsen, insoweit die geschenkte Sache oder derselben Wert noch vorhanden ist, und ihm der nötige Unterhalt mangelt, von dem Beschenkten zu fordern, wenn sich anders dieser nicht selbst in gleich dürftigen Umständen befindet", § 947.

Der Schenker hat nach dieser Vorschrift, die auch bei einem Schenkungsversprechen anwendbar ist,[2]) kein Leistungsverweigerungsrecht, sondern nur einen Anspruch auf die gesetzlichen Zinsen. Dieses Recht ist ausgeschlossen, wenn der Beschenkte selbst bedürftig ist. Damit ist eine Interessenabwägung angeordnet, bei der es nicht nur auf die Lage des Schenkers, sondern auch auf die des Beschenkten ankommt. Schließlich muß der Schenker „in der Folge" in Not geraten sein, darf also nicht schon beim Vertragsschluß bedürftig gewesen sein. Nach der österreichischen Auffassung würde es gegen den Grundsatz der Vertragstreue verstoßen, wollte der Schenker sich auf eine bereits im Zeitpunkte der Schenkung vorhandene Dürftigkeit berufen[3]). Damit ist auch diese österreichische Bestimmung als Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus gekennzeichnet.

Das österreichische Recht schützt aber auch die Familie des Schenkers.

Wenn einem kinderlosen Schenker nach Abschluß des Schenkungsvertrages Kinder geboren werden, kann er die Schenkung zwar nicht — wie im französischen und italienischen Rechte — widerrufen. Er oder das nachgeborene Kind können jedoch „im Notfalle sowohl gegen den Beschenkten als gegen dessen Erben" das in § 947 angeführte Recht auf die gesetzlichen Zinsen des geschenkten Betrages geltend machen (§ 953).

---

[1]) Oser Anm. 2 zu Art. 250, S. 565.
[2]) Klang Anm. 2 zu § 947, S. 632.
[3]) Klang Anm. 2 zu § 947, S. 632.

Hier trifft das Gesetz für nachträglich erwachsene Unterhaltspflichten Vorsorge. Die Familie soll geschützt werden. Deshalb ist dieses Recht ausdrücklich nicht nur dem Schenker persönlich, sondern auch den nachgeborenen Kindern, und diesen sogar gegen die Erben des Beschenkten zugestanden worden. Der Schutzgedanke führt also zu Gunsten der Familie zu einer Erweiterung des persönlichen Geltungsbereiches der Ansprüche.

Ganz ausgesprochen dem Schutz der Unterhaltsberechtigten dient schließlich die Bestimmung des § 950 aBGB: „Wer jemandem den Unterhalt zu reichen schuldig ist, kann dessen Recht durch Beschenkung eines Dritten nicht verletzen. Der auf solche Art Verkürzte ist befugt, die Beschenkten um die Ergänzung desjenigen zu belangen, was ihm der Schenkende nun nicht mehr zu leisten vermag."

Die Rechte der in ihrem Unterhalt geschmälerten Personen gehen also weiter als die des Schenkers selbst, der bloß einen Anspruch auf die gesetzlichen Zinsen hat, und auch diesen nur, wenn der Beschenkte nicht gleich bedürftig ist. Diese günstige Stellung der Unterhaltsberechtigten beruht auf einer gesunden Abwägung des öffentlichen Interesses an der Erhaltung der Familie gegenüber dem rein persönlichen Interesse des Schenkers oder des Beschenkten an der Erfüllung des Schenkungsvertrages. Es ist für die Allgemeinheit weniger wichtig, wenn der Schenker durch seinen Leichtsinn oder seine Freigebigkeit sich selbst gefährdet, als wenn seine Angehörigen, unter Umständen eine ganze Familie, in Not geraten.

Eine gewisse Einschränkung liegt allerdings darin, daß der Unterhaltsanspruch bereits im Augenblick der Schenkung bestehen muß.[1])

Auch das schwedische Recht[2]) hat den Gedanken, daß die Familie des Schenkers geschützt werden muß, verwirklicht. Das Gesetz vom 21. Dezember 1857 bestimmt für Schenkungen von Liegenschaften in § 3: „Wenn der Schenker in Not gerät, sodaß er sich nicht mehr selbst unterhalten kann, so hat der Beschenkte im Rahmen seiner Mittel zum notwendigen Unterhalt des Schenkers beizutragen. Einigen sie sich nicht, so setzt der Richter den jährlich zu leistenden Betrag fest, jedoch höchstens bis zur Hälfte der Erträgnisse der geschenkten Liegenschaft". § 4: „Wenn der Schenker stirbt und bedürftige Kinder hinterläßt, so hat der Beschenkte zu ihrem Unterhalt ebenso beizutragen, wie er es dem Schenker selbst gegenüber hätte tun müssen".

Liegenschaften sind vornehmlich für eine auf Erwerb durch Landwirtschaft eingestellte Bevölkerung von ganz besonderer Bedeutung. Unentgeltliche Veräußerung von Grundstücken kann die Familie unversehens in Not bringen. Deshalb muß der Beschenkte bei Bedürftigkeit von Gesetzeswegen einspringen, und zwar auch nach dem Tode des Schenkers zu Gunsten seiner bedürftigen Kin-

---

[1]) Klang Anm. 1 zu § 950, S. 637.
[2]) Quelle: Lehr, Eléments de droit scandinave, S. 205.

der. Neben der Rücksicht auf die Lage des Schenkers steht also die auf das Wohlergehen der Kinder, der Familienmitglieder. Gegenüber dem schweizerischen und dem österreichischen Rechte fällt dabei auf, daß es unerheblich ist, wann die Kinder geboren oder dem Schenker familienrechtliche Pflichten erwachsen sind. Beides kann vor oder nach der Schenkung geschehen sein. Nicht der Billigkeitsgedanke der clausula rebus sic stantibus liegt also dem Gesetz zugrunde, sondern eine soziale Erwägung, die Rücksicht auf die Familie.

Auch die romanische Rechte leiten aus der Notlage des Schenkers besondere Rechtsfolgen her.

Im französischen Rechte gilt der nicht ausdrücklich ausgesprochene Grundsatz: „donner et retenir ne vaut" — Schenkungen sind unwiderruflich. Der Widerruf — révocation — ist aber zulässig,

1) wegen Nichterfüllung der mit der Schenkung verbundenen Auflagen,
2) wegen Undanks — ingratitude —,
3) wegen nachträglicher Geburt von Kindern — survenance d'enfants —.

Für die vorliegende Arbeit interessieren nur der zweite und der dritte Grund.

Zu den Widerrufsgründen wegen Undanks rechnet Artikel 955 code civil folgende Fälle:

Der Beschenkte hat dem Schenker nach dem Leben getrachtet,
er hat sich ihm gegenüber gewisser Verfehlungen, Vergehen oder schwerer Beleidungen schuldig gemacht,
und schließlich und vor allem:
er verweigert ihm den Unterhalt — il lui refuse des aliments.

Es gehört also zu den Dankespflichten des Beschenkten, dem bedürftigen Schenker, wie Artikel 208 code civil[1]) es ausdrückt, Unterhalt so zu gewähren, wie es der Bedürftigkeit des Schenkers und der Vermögenslage des Beschenkten entspricht. Allerdings tritt nach der überwiegenden Meinung[2]) diese Pflicht nur hilfsweise ein, wenn nicht andere Personen gesetzlich oder vertraglich vorverpflichtet sind. Die Unterhaltspflicht ist auch nach der Ansicht der Cour de cassation[3]) nicht erzwingbar. Sie ist also eine Dankespflicht, die ihre Wirkungen nur mittelbar äußert, indem sie dem betreffenden Schenker zum Widerruf der Schenkung verhilft.

Dieses Abstellen auf den Undank, auf die persönlichen Anstandsbeziehungen zwischen dem Schenker und dem Beschenkten, enthält einen ähnlichen Gedanken wie die bereits angeführte Auf-

---

[1]) „dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit", s. auch Planiol et Ripert Bd. 5, S. 520.

[2]) and. Ans.: Baudry—Lacantinerie, Bd. 3, S. 575, Nr. 1062,

[3]) zitiert bei Planiol et Ripert, Bd. 5 S. 521.

fassung der Kommission für die 2. Lesung des BGB[1]): der Beschenkte, dem Freigebigkeit und Großmut erwiesen worden seien, verletze eine sittliche Pflicht, wenn er nicht auch seinerseits auf die Lage des verarmten Schenkers Rücksicht nehme. Der code civil leitet daraus eine klaglose Unterhaltspflicht her. Er betrachtet die Frage weniger unter einem vermögensrechtlichen oder sozialen Gesichtspunkt, sondern unter einem subjektiv-sittlichen. Das Gefühl einer persönlichen, sittlichen Verpflichtung soll den Beschenkten zur Alimentierung bewegen. Weigert er sich, so kann der Schenker ihn nicht mit Hilfe des Gerichts zur Leistung des Unterhalts zwingen, wohl aber kann er ihn durch den Widerruf strafen und sich für den Undank rächen[2]). Auf eine Veränderung der Umstände und auf den Willen der Parteien beim Vertragsschluß kommt es bei dieser Strafe nicht an. Eine Vereinbarung, durch die der Schenker im voraus auf sein Widerrufsrecht verzichtet, ist nichtig[3]).

Der Widerruf wegen Undanks wird nach Art. 957 im Wege der Klage geltend gemacht, und zwar spätestens binnen Jahresfrist seit dem zum Widerruf berechtigenden Ereignis oder seit der Kenntnis des Schenkers. Die Klage geht im wesentlichen auf ungerechtfertigte Bereicherung nach näherer Maßgabe des Artikels 958, ist also insofern dem § 528 BGB vergleichbar.

Der Widerruf kann grundsätzlich weder vom Schenker gegen die Erben des Beschenkten noch von den Erben des Schenkers gegen den Beschenkten geltend gemacht werden (Artikel 957). Es handelt sich um eine höchstpersönliche Klage, eine „action strictement personnelle". Dies entspricht ja auch nur dem Rach- und Strafgedanken. Niemand weiß, ob der Schenker seine Rache ausgeübt hätte — il n'est plus là pour faire connaître son opinion[4])—.

Indessen wird dieser Grundsatz beim Erben des Schenkers erheblich durchbrochen: ihm verbleibt die Widerrufsklage, wenn der Schenker die Klage bereits erhoben hatte, oder wenn er innerhalb der Frist von einem Jahr seit dem zum Widerruf berechtigenden Ereignis verstorben war[5]). Auf die Gründe für diese Ausnahmen wird in dem Kapitel über den Erben noch näher eingegangen.

Klar unterschieden von diesem Widerruf wegen refus d'aliments ist der wegen survenance d'enfants, wegen nachträglicher

---

[1]) Protokolle S. 20.

[2]) Planiol et Ripert Bd. 5, S. 515: une peine infligée au donataire; Aubry et Rau, Bd. 11, S. 379: „réparation d l'injure".

[3]) Zachariae-Crome, Bd. 4, S. 426. Für den Fall der nachträglichen Geburt von Kindern auch ausdrücklich Art. 965 code civil.

[4]) Planiol et Ripert, Bd. 5, S. 524.

[5]) ...„à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année dn délit."

Geburt von Kindern. Wenn dem kinderlosen Schenker nach Abschluß des Schenkungsvertrages ein Kind geboren wird, sei es auch erst nach seinem Tode — posthume —, oder wenn er ein nach dem Vertragsschlusse geborenes Kind durch nachfolgende Ehe legitimiert, so gilt die Schenkung ipso iure — de plein droit — als widerrufen. Einer besonderen Erklärung bedarf es nicht (Artikel 960). Der Schenker erhält die geschenkten Gegenstände lastenfrei zurück (Artikel 963). Auf den Widerruf kann er kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift nicht verzichten (Artikel 965).

Der Schutz der Familie ist hier deutlich herausgestellt. Auf eine Willenserklärung des Schenkers kommt es nicht an, die Schenkung wird hinfällig, selbst wenn der Schenker inzwischen verstorben ist. Das französische Recht trifft damit eine wirksame Maßnahme zum Schutze der Kinder — en faveur des enfants — und verhindert, daß die Schenkung sich im gegebenen Falle als eine Gefahr für die Familie auswirkt.[1]) Zumindest ungenau sind die Erklärungen[2]), es handele sich um einen vermuteten Willen des Schenkers, der dahin ginge, daß er die unentgeltliche Verfügung unterlassen hätte, wenn ihm die nachträgliche Erweiterung seiner Familienpflichten bekannt gewesen wäre. Dieser Erklärung aus dem Parteiwillen steht die Tatsache entgegen, daß der besprochene Widerrufsgrund unverzichtbar ist. Sie wird auch nicht der sozialen Funktion der Vorschrift gerecht. Es handelt sich um eine im öffentlichen Interesse erlassene Vorschrift — une cause d'ordre public—[3]).

Das italienische Recht lehnt sich im codice civile in den Artikeln 1078—1090 weitgehend an die Regelung des code civil an. Die Widerrufsgründe sind die gleichen:

condizione risolutiva, die auflösende Bedingung,
ingratitudine, Undank
und sopravvegnenza di figli, nachträgliche Geburt von Kindern.

Unter den Fällen des Undanks findet sich wie im französischen Rechte der, daß der Beschenkte dem Schenker ungerecht-

---

[1]) Planiol et Ripert, Bd. 5, S. 530 oben, 531, 2 — im Endergebnis ähnlich: Aubry et Rau, Bd. 11, S. 389: „bien moins au profit du donateur en cette qualité, que dans son intérêt comme père des enfants qui lui sont survenus et dans l'intérêtde ces derniers". Nicht ganz im Einklang hiermit steht es, wenn Aubry et Rau zuvor, S. 388, von einer „présomption légale", einer gesetzlichen Vermutung sprechen: Wenn man anerkennt, daß der Schuldner nicht so sehr in seiner Eigenschaft als Schenker, als vielmehr in seinem Interesse als Familienvater und im Interesse der Kinder geschützt wird, so ist es nicht folgerichtig, von einem vermuteten Parteiwillen auszugehen.

[2]) Baudry-Lacantinerie, Bd. 3, S. 569 Nr. 1050: la survenance d'enfants „n'est pas uniquement au pouvoir du donateur". (!). — ferner die Zitate bei Planiol et Ripert, Bd. 5, 531: Aubry et Rau, S. 388.

[3]) Planiol et Ripert, Bd. 5, S. 530.

fertigt den Unterhalt verweigert: „si gli neghi indebitamente gli alimenti" (Artikel 1081). Allerdings sollte nach einer bestrittenen, aber bisher sehr verbreiteten Ansicht das Widerrufsrecht nur dann entstehen, wenn der Beschenkte eine besondere Rechtspflicht aus Vertrag oder Gesetz zur Leistung von Unterhalt zu erfüllen hatte. Die Schenkung allein sollte die Unterhaltspflicht nicht begründen. Der Gedanke, daß der Beschenkte den Schenker im Notfall schon aus Dankbarkeit zu unterstützen hätte, würde nach dieser Auffassung zurücktreten[1]). Der amtliche Entwurf zum neuen Codice civile, der inzwischen schon zu einem Teil verabschiedet worden ist, löst diese Frage aber in einem anderen Sinne: Schon aus dem Tatbestand der Schenkung folgt, daß der Beschenkte dem bedürftigen Schenker angemessenen Unterhalt zu leisten hat[2]). Die Begründung zum Entwurf leitet diese Rechtspflicht aus einem sittlichen Gefühl her, sie verweist auch auf ähnliche Bestimmungen im österreichischen und in den lateinischen Rechten[3]).

Damit wird der Gedanke eines sittlichen Verstoßes des Beschenkten gegen den Schenker auch im künftigen italienischen Recht anerkannt. Darüber hinaus ist aber auf einen Zusatz in Artikel 432 des 3. Buches des Entwurfes zum bisherigen Artikel 1081 hinzuweisen: nicht nur die Verweigerung des Unterhalts berechtigt zum Widerruf, sondern auch die Verletzung familienrechtlicher Pflichten des Beschenkten gegen den Schenker — o violi comunque di lui gli obblighi di assistenza familiare —. Damit wird über reine Dankespflichten hinaus auch die Zusammengehörigkeit der Familie betont.[4])

Der Widerruf wegen Verweigerung des Unterhalts wird durch Klage geltend gemacht. Er ist ein streng persönliches Recht[5]). Er kann grundsätzlich weder vom Schenker gegen die Erben des Be-

---

[1]) Zitate in Commissione reale per la riforma, 1. Buch, S. 209, 210.

[2]) Art. 504: Quando il donante non possa altrimenti provvedere al proprio mantenimento, il donatario è obbligato à prestargli gli alimenti, i quali sono commisurati tanto conto della natura e della entità della donazione, dell' arricchimento del donatario e di ogni altra circonstanza. — Ruggiero, 7. Aufl., Bd. 3, S. 446: „a prestargli quegli alimenti, cui per effetto della stessa donazione era obbligato (art. 1081)." Ruggiero gibt hiermit seine frühere gegenteilige Ansicht, nach der die Alimentierungspflicht des Beschenkten einen besonderen, durch Gesetz oder Vertrag begründeten Anspruch voraussetzte, ausdrücklich auf. S. 446 Anm. 1.

[3]) Begründung S. 210: „risponde al sentimento etico" ... „(cfr. cod. austriaco, § 947; cod. portoghese, art. 1488; cod. chileno, art. 321; cod. messicano, art. 2646)."

[4]) Auf demselben Gedanken beruht in einem weiteren Sinne die gesetzgeberisch höchst beachtliche Schaffung des patrimonio familiare —, eines unveräußerlichen Familieneigentums. Entwurf 3. Buch, Art. 375 — 385.

[5]) Ruggiero Bd. 3, S. 446: „strettamente personale".

schenkten noch von den Erben des Schenkers gegen den Beschenkten erhoben werden. Aber es besteht dieselbe Ausnahme wie im französischen Rechte: die Erben des Schenkers haben die Klage, wenn dieser sie bereits rechtshändig gemacht hatte, oder wenn bei seinem Tode die Frist von einem Jahre seit dem zum Widerruf berechtigenden Ereignis noch nicht verstrichen war (Artikel 1082).

Der Widerrut wegen nachträglicher Geburt von Kindern weicht insofern vom französischen Rechte ab, als er nicht von Amtswegen, sondern nur aut Klage berücksichtigt wird. Das Widerrufsrecht erlischt mit dem Ablauf von 5 Jahren seit der Geburt des letzten Kindes. Nach dem Tode der Kinder oder ihrer Abkömmlinge kann die Klage nicht mehr erhoben werden.

Der soziale Schutzgedanke wird auch hier erkennbar. Der Schutz der Familie tritt zwar nicht ipso iure ein. Jedoch erlischt der Anspruch erst nach Ablauf von 5 Jahren seit dem zum Widerrut berechtigenden Ereignis, nicht schon nach einem, wie bei der Verweigerung des Unterhalts, die als Undank, also als eine persönliche Angelegenheit zwischen Schenker und Beschenktem aufgefaßt wird und bei der infolgedessen die Ausschlußfrist kürzer sein kann als bei der nachträglichen Geburt von Kindern, wo die Erhaltung der Familiengemeinschaft im Vordergrunde steht. Die sittlichen und persönlichen Pflichten des Beschenkten gegenüber dem Schenker werden also von denen gegenüber seiner Familie deutlich unterschieden. Sie sind wie im französischen Rechte schon äußerlich in andern Artikeln geregelt und haben auch einen weitergehenden Inhalt. Das BGB trifft eine derartige Unterscheidung nicht.

Auch im italienischen Rechte wird man der Erklärung nicht folgen können, der Widerruf wegen nachträglicher Geburt von Kindern gründe sich auf die Vermutung[1]), der Schenker würde nicht zu Gunsten eines Fremden verfügt haben, wenn er zur Zeit der Schenkung Nachkommen gehabt hätte. Auf die Willenserklärungen des Schenkers kommt es nicht an, da er auf die Wirkungen der Schutzvorschrift nicht verzichten kann (Artikel 1084)[2]).

Auf den Undank des Beschenkten stellen schließlich gleich dem französischen und dem italienischen Rechte auch noch das spanische und das niederländische Recht ab[3]), sodaß man von einer ganzen Gruppe überwiegend romanischer Rechte sprechen kann, die den Notbedarf des Schenkers unter dem gleichen Ge-

---

[1]) Ruggiero, Bd. 3, S. 447: „sul presupposto".

[2]) Nach dem Entwurf, 3. Buch, Art. 435 u. Art. 439 ist sowohl der Widerruf wegen Undanks wie der wegen nachträglicher Geburt von Kindern unverzichtbar, der erste nur im voraus, der zweite — entsprechend seiner öffentlich-rechtlichen Bedeutung — stets.

[3]) Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, 6. Bd., S. 152, unter 2 b (Siebert) Spanien Art. 648; Niederlande, Art. 1725.

sichtspunkte der sittlichen Pflicht des Beschenkten zur Dankbarkeit würdigen.

Anders gehen wieder das polnische und das ungarische Recht vor. Sie nähern sich in Einteilung und Auffassung dem deutschen Rechte.

Das polnische Recht bestimmt im Artikel 364 des Gesetzbuchs der Schuldverhältnisse vom 27. Oktober 1933:

Der Schenker kann die noch nicht vollzogene Schenkung widerrufen, wenn sich von dem Zeitpunkt an, an dem er sie versprach, seine Vermögensverhältnisse so geändert haben, daß er die Schenkung nicht ohne Beeinträchtigung seines standesgemäßen Unterhalts, der seinem gesellschaftlichen Stande entspricht, sowie nicht ohne Beeinträchtigung der ihm gesetzlich obliegenden Unterhaltspflichten vollziehen kann.

Diese Regelung klingt teils an das deutsche, teils an das Schweizerische Recht an. Mit dem deutschen Recht stellt das polnische auf den standesgemäßen Unterhalt und die gesetzlichen Unterhaltspflichten ab, verlangt allerdings eine Beeinträchtigung, nicht nur eine Gefährdung des Unterhalts. An das Schweizerische Recht erinnert das Erfordernis, daß seit Abgabe des Versprechens Veränderungen in den Vermögensverhältnissen des Schenkers eingetreten sein müssen. Damit ist diese Bestimmung des polnischen Rechts ebenfalls als ein gesetzlich geregelter Fall der clausula rebus sic stantibus gekennzeichnet.

Artikel 365 gewährt dem Schenker, der nach Ausübung der Schenkung verarmt, gegen den Beschenkten einen Unterhaltsanspruch sowie einen Anspruch auf Lieferung der zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten erforderlichen Mittel. Voraussetzung ist, daß der Beschenkte noch bereichert ist. Der Anspruch kann den Betrag der gesetzlichen Zinsen vom Werte der Bereicherung nicht übersteigen.

Auch an dieser Vorschrift, die den Fall der vollzogenen Schenkung behandelt, fällt auf, daß sie auf eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse abstellt. Ferner verdient festgehalten zu werden, daß nicht nur die Mittel für den Unterhalt des Schenkers, sondern auch der kraft Gesetzes Unterhaltsberechtigten zu liefern sind.

Die Rechte der Erben des Schenkers sind nur beim Widerruf wegen Undanks behandelt. Artikel 367 § 2 gewährt den Widerruf, wenn seine Voraussetzungen noch im Zeitpunkt des Todes des Schenkers bestanden. Eine ausdrückliche Regelung für den Fall des Notbedarfs, der ja nicht zum Widerruf wegen Undanks führt, fehlt wie im BGB.

Auch im ungarischen Rechte erkennen Rechtsprechung und Wissenschaft[1]) die Bedeutung der Notlage des Schenkers für die

[1]) Almàsi, Bd. 2, S. 194, 195.

Erfüllung von Schenkungen an[1]). Sie unterscheiden zwei Fälle:

Der Schenker ist unfähig, für den Unterhalt der auf seine gesetzliche Unterhaltungspflicht angewiesenen Personen anderweitig zu sorgen, — Unterhaltsnotlage —,

oder er ist unfähig, den entgeltlichen und gewissen bevorrechtigten unentgeltlichen Verpflichtungen, nämlich Pflichtteilsansprüchen, Ansprüchen aus dem Witwenrechte und aus Erbvertrag Genüge zu leisten, — Notlage gegenüber den Gläubigern, —.

Der Schenker ist beim Vorliegen dieser Tatbestände berechtigt, die Schenkung zu widerrufen. Bei der Unterhaltsnotlage kann er dieses Recht nur selbst geltend machen[2]), bei der Notlage gegenüber den Gläubigern können es auch diese tun. Sie müssen zwar zunächst gegen den Schenker vorgehen, können aber für den Fall der Erfolglosigkeit dieses Vorgehens zugleich gegen den Beschenkten klagen[3]).

Diese Widerrufsgründe zeigen wiederum, daß die Notlage des Schenkers Wirkungen erzeugt, die über seine eigene Person hinausgehen. Man kann als Grundgedanken des ungarischen Rechtes wohl anerkennen, daß Verpflichtungen aus Schenkungen hinter entgeltlichen und bevorrechtigten unentgeltlichen sowie hinter Unterhaltsverbindlichkeiten zurückstehen müssen, und zwar nicht nur im Interesse des Schenkers selbst, sondern auch anderer Beteiligter: der Familie und der Gläubiger.

Bei der Unterhaltsnotlage mag es zunächst als auffällig erscheinen, daß nur der Schenker sich auf sie berufen darf. Man wird dies aber kaum so verstehen, daß der Widerruf nur in seinem persönlichen Interesse und nicht auch in dem der Familie besteht. Dem Schenker als dem Unterhaltspflichtigen und damit im allgemeinen als dem Familienoberhaupt ist die Entscheidung überlassen, wie er die Mittel für den Unterhalt beschaffen will, ob also gegebenenfalls im Wege des Widerrufs einer Schenkung. Dieser Grund fällt dann weg, wenn der Schenker nicht mehr in Anspruch genommen wird, zum Beispiel nach seinem Tode.

Die beiden ungarischen Entwürfe für ein Bürgerliches Gesetzbuch aus dem Jahre 1914 und aus dem Jahre 1928 sehen ebenfalls besondere Bestimmungen über die Notlage des Schenkers vor.

Nach § 1207 Abs. 1 des Entwurfs von 1914 kann der Schenker „die Erfüllung seiner durch den Schenkungsvertrag eingegangenen Verpflichtung soweit verweigern, als die Erfüllung, mit Rücksicht auf seine übrigen Verpflichtungen, seine eigene Existenz oder den Unterhalt der Personen gefährden würde, denen

---

[1]) Nach Almasi, Bd. 2, S. 192 ist dem ungarischen Rechte ein „einseitiges Schenkungsversprechen" fremd, wohl aber sind gültige „Vorvorträge" möglich.

[2]) Almasi, Bd. 2, S. 195. Er spricht von „Entkräftung", was wohl Widerruf bedeutet.

[3]) Almasi, Bd. 2, S. 195, N. 1.

gegenüber er kraft des Gesetzes unterhaltspflichtig ist." Diese Fassung zeigt eine fast wörtliche Übereinstimmung mit dem § 519 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Sie kehrt in § 1455 Abs. 1 des ungarischen Entwurfs von 1928 wörtlich wieder.

Bei der vollzogenen Schenkung gewähren § 1208 des Entwurfs von 1914 und § 1460 des Entwurfs von 1928 einen Rückforderungsanspruch „soweit, als es zur Deckung der mangelnden Unterhaltskosten und der Unterhaltspflichten" notwendig ist.[1]) Voraussetzung ist nach beiden Entwürfen, daß der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung in solche Not gerät, daß ihm die Bestreitung seines eigenen Unterhalts oder die Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten unmöglich ist. § 1460 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs von 1928 sieht dabei eine im Entwurf von 1914 nicht enthaltene Einschränkung vor: Der Schenker kann sein Geschenk nicht zurückfordern, wenn der Beschenkte in gleicher Not ist oder wenn der Schenker selbst vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit seinen Vermögensverfall verursacht hat.

Die Haftung ist nach beiden Entwürfen auf die Höhe der zur Zeit der Rückforderung noch vorhandenen Bereicherung begrenzt.

Beide Entwürfe gehen also nicht von dem Gedanken des Undanks, sondern wie das geltende ungarische und das deutsche Recht von dem der Erhaltung des Schenkers und seiner Familie aus.

Die Frage, ob auch dem Erben die Möglichkeit gegeben ist, gegen die Schenkung vorzugehen, behandeln die Entwürfe nur im Zusammenhang mit dem „Widerruf"[2]), nicht auch bei dem Leistungsverweigerungsrecht oder dem Rückforderungsanspruch wegen Unterhaltsnotlage. § 1217 Abs. 3 des Entwurfs von 1914 sieht vor, daß „einer auf ein Schenkungsversprechen gegründeten Klage gegenüber das Widerrufsrecht durch Einrede — wann immer — auch von dem Erben des Schenkers und auch dem Erben gegenüber geltend gemacht werden kann." Wenn dies schon beim Widerruf wegen Undanks gelten sollte, so würde man es auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung bei der Einrede und bei dem Rückforderungsrecht wegen Unterhaltsnotlage, bei denen die sozialen Rücksichten und nicht die persönlichen den Ausschlag geben, erst recht anzuerkennen haben. Der Entwurf von 1928 schränkt jedoch gegenüber dem von 1914 die Rechte der Erben ein. Nach § 1464 Abs. 2 kann das Recht des Widerrufs durch den Erben des Schenkers, auch gegenüber dem Erben des Beschenkten, ausgeübt werden, wenn der Schenker die Absicht des Widerrufes noch

[1]) Die ausdrückliche Erwähnung auch der Unterhaltspflichten ist an dieser Stelle nur im Entwurf von 1928 enthalten. Sachlich dürfte ein Unterschied aber nicht bestehen. s. den folgenden Satz im Text.

[2]) das heißt in der Sprache der Entwürfe Widerruf wegen Undanks.

bei Lebzeiten des Beschenkten bestimmt geäußert, oder wenn der Beschenkte den Widerruf durch seine vorsätzlich begangene Handlung unmöglich gemacht hat. Dieser Vorschlag stellt gleich dem bereits behandelten französischen, italienischen und schweizerischen Rechte auf den Gedanken der Verzeihung ab. Folgerungen für die aus sozialen Erwägungen vorgesehenen Rechte bei der Unterhaltsnotlage können aus ihm nicht gezogen werden.

Schließlich enthalten die ungarischen Entwürfe in den §§ 969 Abs. 2, 979 Abs. 2 (Entwurf von 1914) und 1200 Abs. 2 (Entwurf von 1928) Sonderbestimmungen über die Bürgschaft, auf die später zurückzukommen ist.

Auch das chinesische und das siamesische Bürgerliche Gesetzbuch haben, im Gegensatz zum japanischen, das kein beneficium competentiae kennt, die Notlage des Schenkers in einer Weise berücksichtigt, die teils an die Regelung des deutschen, teils an die Regelung der romanischen Rechte erinnert.

Nach Artikel 408 Abs. 1 des chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1929/30 kann der Schenker die Schenkung solange und soweit widerrufen, als sie noch nicht erfüllt ist. Damit hat er auch die Möglichkeit, sich bei eigener Notlage von seiner Verbindlichkeit ohne weiteres zu befreien. Die Vorschrift ist allerdings bei Schenkungen, die in schriftlicher Form oder zur Erfüllung einer sittlichen Verbindlichkeit gemacht worden sind, nicht anwendbar (Artikel 408 Abs. 2).

Nach Artikel 416 kann der Schenker die Schenkung auch in folgenden Fällen widerrufen:

1. wenn der Beschenkte sich dem Schenker oder seinen nächsten Verwandten gegenüber eines vorsätzlichen, vom Strafgesetzbuch ausdrücklich unter Strafe gestellten Vergehens schuldig macht;

2. wenn er die Pflicht zur Leistung von Unterhalt, die ihm dem Schenker gegenüber obliegt, nicht erfüllt.

Dieses Widerrufsrecht erlischt nach einem Jahr von dem Augenblick an gerechnet, in dem der Schenker von dem Widerrufsgrund Kenntnis erlangt hat. Ebenso erlischt es, wenn der Schenker dem Beschenkten ausdrücklich verziehen hat.

Gerade diese Bestimmungen über den Fristablauf, die von dem Gedanken einer möglichen Verzeihung ausgehen, zeigen, daß es sich bei der Verletzung der Alimentationspflicht im chinesischen Recht wie in den romanischen Rechten um die Verletzung eines persönlichen, sittlichen Bandes, um Undank handelt.

Das Widerrufsrecht der Erben des Schenkers ist noch stärker eingeschränkt als im französischen und italienischen Rechte. Es steht ihnen nur zu, wenn der Beschenkte durch vorsätzliche, rechtswidrige Handlungen den Tod des Schenkers verursacht hat, oder wenn er den Schenker gehindert hat, die Schenkung zu widerrufen. Das Widerrufsrecht erlischt nach Ablauf von sechs Monaten seit Kenntnis des Widerrufsgrundes (Artikel 417).

Der Widerruf wird durch Willenserklärung gegenüber dem Beschenkten ausgeübt. Er hat zur Folge, daß dem Schenker ein

Anspruch auf Rückgewähr des geschenkten Gegenstandes nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung erwächst (Artikel 419).

Nach dem Tode des Beschenkten erlischt das Widerrufsrecht (Artikel 420).

Außer dem Widerruf kennt das chinesische Gesetzbuch aber auch gleich dem deutschen und den vom deutschen Recht beeinflußten Rechten ein Leistungsverweigerungsrecht wegen Gefährdung des Unterhalts des Schenkers oder seiner Familie. Nach Artikel 418 kann er die Erfüllung der Schenkung verweigern, wenn seine wirtschaftliche Lage sich nach Abschluß des Schenkungsvertrages derartig verändert hat, daß die Erfüllung seinen Unterhalt ernstlich beeinträchtigen oder die Erfüllung seiner Unterhaltspflichten gefährden würde.

Mit dem sozialen Gedanken der Existenzsicherung ist hier also wie im schweizerischen und im polnischen Rechte der Billigkeitsgedanke der clausula rebus sic stantibus verknüpft. Eine weitere Abweichung gegenüber dem BGB besteht darin, daß die Erfüllung einer jeglichen Unterhaltspflicht, nicht nur einer gesetzlichen der Erfüllung des Schenkungsversprechens vorangestellt wird.

Das siamesische Recht berücksichtigt die Notlage des Schuldners in beschränkterem Umfange als das chinesische.

Nach § 531 Ziffer 3 des siamesischen Bürgerlichen Gesetzbuchs ist der Widerrut einer Schenkung wegen Undanks außer wegen bestimmter Vergehen und Beleidigungen nur möglich, wenn der Beschenkte sich weigert, dem bedürftigen Schenker den Lebensunterhalt zu liefern, obgleich er dazu imstande wäre.

Dem Erben des Schenkers steht der Widerruf nur ausnahmsweise, in beschränkterem Umfange als nach den romanischen Rechten zu: wenn der Beschenkte den Schenker durch eine vorsätzliche und rechtswidrige Handlung getötet, oder wenn er ihn am Widerrut der Schenkung gehindert hat § 532 Abs. 1). Darüber hinaus kann der Erbe den Widerruf nur geltend machen, wenn er eine vom Erblasser ordnungsgemäß erhobene Klage fortsetzt § 532 Abs. 2).

Die Schenkung kann nicht widerrufen werden, wenn der Schenker dem Beschenkten verziehen hat, oder wenn sechs Monate seit Kenntnis des Widerrufsberechtigten von dem Widerrufsgrunde verstrichen sind. Nach Ablauf von zehn Jahren seit Begehung des Undanks ist jede Widerrufsklage ausgeschlossen § 533).

Nach erfolgtem Widerruf hat der Berechtigte einen Anspruch aut Rückgewähr nach Maßgabe der Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung (§ 534).

Schließlich seien noch zwei Staaten erwähnt, die die Notlage des Schenkers zwar nicht berücksichtigen, deren Rechtsauffassung aber wegen ihrer grundsätzlichen Einstellung nicht ohne Interesse ist: England und Sowjetrußland.

Die Mißbilligung unentgeltlicher Leistungen findet sich besonders deutlich im englischen Recht. Schenkungen sind zwar nicht verboten. Sie sind sogar unwiderruflich[1]), wenn nicht der Verdacht ungehöriger Beeinflussung — undue influence — oder des Betruges — fraud — vorliegt. Die Tatsache, daß es sich um eine Schenkung handelt, ist schon geeignet, diesen Verdacht zu erregen. Außerdem wird der Grundsatz der Unwiderruflichkeit bei einem Schenkungsversprechen in seiner wirtschaftlichen Bedeutung von vornherein erheblich eingeschränkt.

Das Schenkungsversprechen bedarf zunächst wie im deutschen Rechte einer besonderen Form, es muß besiegelt werden — be made under seal. Aber selbst bei formgerechtem Abschluß kann doch der Versprechende praktisch fast stets vom Vertrage loskommen.

Der Beschenkte hat nach dem englischen Recht niemals eine Klage auf Erfüllung — specific performance — des Schenkungsversprechens. Das Gemeine Recht — common law — kennt die Erfüllungsklage überhaupt nicht. Sie könnte dem Beschenkten nur nach den Grundsätzen des Billigkeitrechts — equity — zustehen. Für dieses gilt jedoch die Regel: equity will not assist a volunteer[2]) — einem Beschenkten steht das Billigkeitsrecht nicht zur Seite.

Dieser Grundsatz wird für gewöhnlich auch der wirksamen Durchführung einer Schadensersatzklage im Wege stehen.

Der Gläubiger ist deshalb im allgemeinen darauf angewiesen, daß der Schuldner das Schenkungsversprechen freiwillig erfüllt. Das Problem des Notbedarfs kann so kaum einmal entstehen. Das englische Recht beweist einen nüchternen, kaufmännischen Geist: Der Schenker braucht sein Versprechen nicht zu erfüllen, denn das Fehlen der Gegenleistung — consideration — ist als wirtschaftlicher Ausnahmetatbestand unerwünscht und erregt geradezu den Verdacht, daß etwas nicht mit rechten Dingen zugegangen sei.

Gleichviel ob man ähnlichen Gedankengängen auch für das deutsche Recht Raum geben will oder nicht, so ist doch auf die besondere Bedeutung hinzuweisen, die dem Fehlen eines Leistungsaustausches hier beigemessen wird.

Nach sowjetrussischem Rechte[3]) schließlich muß der Schenker seine Verpflichtung auf alle Fälle erfüllen. Die Schenkung ist schlechthin nicht zu widerrufen oder abzuschwächen. Das Gesetz sieht keine Ausnahme von diesem Grundsatze vor, nicht einmal die Fälle des Widerrufs wegen Undanks.

Diese Betrachtung löst entsprechend den sowjetrussischen Anschauungen die vermögensrechtlichen Fragen vollständig los von sittlichen Prinzipien, also sogar von dem des Undanks. Aber auch die Notlage des Schenkers oder seiner Familie bleibt unberücksichtigt. Die Verpflichtung ist nach dem Buchstaben zu erfüllen.

---

[1]) Karplus, S. 124 I 1.
[2]) Stephen's, Bd. 3, S. 210.
[3]) Eliachevitsch, Tager und Nolde, Bd. 2, S. 97.

Der soziale Gedanke der Erhaltung des Schuldners und seiner Familie wird in keiner Weise anerkannt.

Sucht man einmal rückblickend die gefundenen Ergebnisse nicht nach Nationen oder Nationengruppen, sondern nach Rechtsgrundsätzen zusammenzustellen, so kommt man zu folgendem Ergebnis:

Eine Gruppe von Vorschriften schützt den Schenker selbst.

Ein Leistungsverweigerungsrecht, das dem § 519 BGB am ehesten entspricht, gewähren das schweizerische, das polnische und das chinesische Recht beim Schenkungsversprechen, wenn der Schenker durch nachträgliche Veränderungen außerordentlich schwer belastet oder sein standesgemäßer Unterhalt beeinträchtigt werden würde.

Das österreichische und das italienische Recht sowie eine Anzahl latein-amerikanischer Rechte gewähren dem bedürftigen Schenker einen klagbaren Unterhaltsanspruch, der, ohne daß sonst eine Alimentationspflicht vorzuliegen braucht, aus dem Tatbestande der Schenkung folgt. Das französische Recht gewährt ebenfalls einen derartigen Anspruch, er ist aber nicht erzwingbar.

Die Verletzung dieses Unterhaltsanspruches berechtigt den Schenker zum Widerruf wegen Undanks, und zwar insbesondere im französischen und italienischen Rechte. Der Widerruf ist höchstpersönlich, steht aber unter bestimmten Voraussetzungen dem Erben zu.

Außer dem Schenker persönlich wird aber auch die Familie geschützt.

Das schweizerische, polnische und ungarische Recht gewähren den Widerruf, wenn die Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflichten des Schenkers beeinträchtigt wird, oder wenn dem Schenker nachträglich Familienpflichten erwachsen sind.

Das österreichische und das schwedische Recht geben neben dem Schenker auch den Kindern — das österreichische allerdings nur den nachgeborenen — einen Unterhaltsanspruch gegen den Beschenkten. Darüber hinaus gewährt das österreichische Recht allen Personen, die zur Zeit der Schenkung einen Unterhaltsanspruch gegen den Schenker hatten und in ihrem Unterhalt verkürzt werden, einen Ersatzanspruch gegen den Beschenkten.

Im französischen und italienischen Rechte findet sich als Sonderfall der Widerruf wegen nachträglicher Geburt von Kindern. Dieser Widerruf erfolgt im französischen Rechte unmittelbar kraft Gesetzes und ist auch im italienischen während einer längeren Frist erhebbar als der Widerruf wegen Undanks. Er ist stets unverzichtbar. Er wirkt auch zu Gunsten der Kinder: sie haben neben dem Schenker die Klage auf Rückerstattung der Geschenke, er ist also nicht höchstpersönlich.

Eine Reihe von Rechten stellen dabei auf das Vorliegen nachträglicher Veränderungen ab: so das schweizerische, österreichische und polnische, sowie das französische und italienische bei der nachträglichen Geburt von Kindern.

Das ungarische Recht schließlich schützt auch die Gläubiger. Es gesteht denjenigen, die aus entgeltlichen und aus gewissen unentgeltlichen Geschäften Gläubiger des Schenkers geworden sind, das Widerrufsrecht bei Bedürftigkeit des Schenkers neben diesem zu.

2. Kapitel.

Zweck und Rechtsnatur der Einrede im deutschen Recht.

Wenn im vorangehenden Teile der Arbeit die ausländischen Rechte beschrieben und ihre Grundgedanken untersucht wurden, so zeigte sich meistens schon äußerlich ein großer Unterschied zum deutschen Recht. Während das BGB die Bedürftigkeit des Schenkers in einem einzigen Tatbestand erfaßt, unterscheiden die ausländischen Rechte deren mehrere, z. B. die Vermögenslage des Schenkers selbst, die Pflichten gegenüber seiner Familie und die Ansprüche der Gläubiger. Sie ziehen aus diesen verschiedenen Tatbeständen verschiedene Folgen. So hat die survenance d'enfants im französischen Recht ipso iure den Widerruf zur Folge — bei dem refus d'aliments dagegen hängt alles von den Umständen ab, der Schenker muß klagen. Es handelt sich hier eben um verschiedene Rechtsgedanken. Der refus d'aliments wird als Undank, als eine persönliche Beleidigung des Schenkers angesehen. Der Widerruf wegen survenance d'enfants dagegen hat einen sozialen Grund, nämlich den Schutz der Familie, und tritt deshalb ein, ohne daß es einer Willensäußerung bedarf.

Weiter wurde in einigen Rechten, wie dem französischen, italienischen, österreichischen und schwedischen, ausgehend von dem Zwecke der jeweiligen Vorschrift, die Frage besonders behandelt, ob nach dem Tode des Schenkers seine Erben oder doch wenigstens seine Kinder Ansprüche gegen den Beschenkten haben. Diese Frage wurde in einem bestimmten Umfange bejaht.

Im deutschen Recht sind diese Zweifelspunkte in keiner Weise geregelt. Bei ihrer Beantwortung ist vor allem der Zweck der Einrede zu berücksichtigen.

Dabei wird zu erwägen sein, ob die Einrede einen Schutz nur für den Schenker selbst oder auch für seine Familie und andere Dritte schaffen soll, ob sie auf einem sozialen Prinzip oder einem individual-ethischen Gebot, auf einer Veränderung der Umstände oder schließlich auf dem Parteiwillen beruht. Je nachdem wird sie auch einem mehr oder weniger großen Kreis von Personen zuzugestehen sein. Faßt man sie z. B. wie die romanischen Rechte bei der Verweigerung des Unterhalts als eine Strafe des Schenkers gegen den undankbaren Beschenkten auf, so kommt man folgerichtig dazu, ihre Ausübung auf die Person des Schenkers und den Repräsentanten seiner Person, den Erben, zu beschränken. Umgekehrt kann wie im österreichischen Recht der Zweck, die Familie zu schützen, zu klagbaren Ansprüchen für die in ihrem Unterhalt verkürzten Personen führen.

Es kommt daher auch für das deutsche Recht ausschlaggebend darauf an, was als Grundgedanke der Einrede anzuerkennen ist.

Die Kommission für die zweite Lesung des BGB[1]) meinte „der Beschenkte würde gegen den Anstand und gegen die guten Sitten verstoßen, wenn er auch insoweit Erfüllung verlangen wollte, als die Erfüllung den Schenker außerstande setzen müßte, seinen Unterhalt und den Unterhalt derjenigen zu decken, welchen er denselben zu reichen verpflichtet ist." Diese Auffassung legt dem Beschenkten ein unanständiges, also auf verwerflicher subjektiver Einstellung beruhendes Verhalten zur Last. Ein solcher Vorwurf kann nur erhoben werden, wenn man die Treu- und Dankespflicht des Beschenkten und nicht eine objektive Abwägung sozialer Interessen voranstellt.

Man wird schwerlich annehmen können, daß der Beschenkte durch das Einfordern der vollen Leistung von dem bedürftigen Schenker stets gegen den Anstand und gegen die guten Sitten verstoße[2]). Es kann so liegen, daß auf Grund einer rein sozialen Interessenabwägung der Beschenkte zurücktreten muß, ohne daß ihm irgend ein Vorwurf gemacht werden kann, wenn er die volle Leistung verlangt. So zum Beispiel, wenn die Vermögensverhältnisse beider Teile sich seit der Schenkung gleichmäßig verschlechtert haben, der Beschenkte aber als ohnehin weniger begüterte Person durch den Wegfall der Zuwendung, etwa einer laufenden Rente, unter das Existenzminimum sinken, der Schenker hingegen auch bei voller Erfüllung des Schenkungsversprechens noch über beträchtliche Mittel verfügen würde. Dennoch würde die Klage eines armen Invaliden abzuweisen sein, wenn er einen verhältnismäßig begüterten Kaufmann bei Würdigung aller Umstände, wie der Größe der Familie, der Kosten für Alimentierung und dem Stande entsprechende Berufsausbildung der Kinder und der sonstigen, aus den ganzen Verhältnissen zu bestimmenden notwendigen Ausgaben durch Geltendmachung eines Schenkungsversprechens in seinem standesgemäßen Unterhalt gefährden würde. Aber es ginge zu weit, wollte man in derartigen Fällen von einem Verstoß des Beschenkten gegen den Anstand und die guten Sitten sprechen.

Auch liegt nicht schon darin, daß der Beschenkte klagt und den Schenker der Gefahr von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aussetzt, eine Undankbarkeit[3]). Der Tatbestand wird oft umstritten, die rechtliche Abwägung der in Betracht kommenden Umstände so schwierig sein, daß man es dem Beschenkten nicht verdenken kann, wenn er trotz der Vorstellungen des Schenkers

---

[1]) Protokolle, S. 21, 22.

[2]) Oertmann Anm. 2 zu § 519, S. 711 meint übereinstimmend, den Beschenkten, der den in seiner Kompetenz bedrohten Schenker in Anspruch nehme, „treffe schwerlich immer ein solcher Vorwurf."

[3]) Zipperling, Das Wesen des beneficium competentiae in geschichtlicher Entwicklung, S. 43, für das römische Recht.

klagt, um sich Sicherheit über die Rechtslage zu verschaffen. Auch aus dem Beispiel der romanischen Rechte bei dem Widerruf wegen Verweigerung des Unterhalts läßt sich die Annahme eines Undanks für das deutsche Recht nicht herleiten. Das französische Recht hat beim refus d'aliments ebenso wie die anderen romanischen Rechte eine grundsätzlich andere Auffassung, indem es den Gedanken der Rache für eine persönliche Beleidigung voranstellt, und es geht auch von anderen Voraussetzungen aus als das deutsche Recht. Es setzt voraus, daß der Schenker vom Beschenkten Unterhalt verlangt, und daß der Beschenkte sich zu Unrecht geweigert hat[1]). Die Voraussetzungen des Undanks des Beschenkten sind also nicht durch den bloßen Tatbestand der Bedürftigkeit des Schenkers erfüllt. Auch ist darauf hinzuweisen, daß das französische Recht die Vermögenslage und die Unterhaltspflichten des Schenkers nicht nur beim refus d'aliments berücksichtigt, sondern auch bei der survenance d'enfants, ohne daß es auf den Undank des Beschenkten ankäme. Damit ist im Gegensatz zum refus d'aliments eine ausgesprochen soziale Einstellung gegeben, und es ist im deutschen Recht gerade die Frage, ob das Prinzip des Undanks oder eines sonstigen Verstoßes gegen den Anstand oder ein sozialer Grundgedanke anzuerkennen ist.

Im deutschen Schrifttum wird die Einrede des Notbedarfs zum Teil auch als Unterfall des Grundsatzes von Treu und Glauben behandelt.[2]) Man kann dies nicht schlechthin als unzutreffend bezeichnen, denn Treu und Glauben stellen nicht so sehr auf die Verletzung persönlicher, sich aus dem Anstand und den guten Sitten für den einzelnen ergebenden Pflichten ab, sondern fordern ein „Handeln im Sinne des sozialen Ideals".[3]) Der Grundsatz von Treu und Glauben enthält aber eine Generalklausel, deren Anwendung in jedem einzelnen Falle eine Prüfung verlangt, worin denn bei dem gegebenen Tatbestand der Verstoß gegen Treu und Glauben liege. Damit ist schließlich nur die Frage gestellt, die in der vorliegenden Arbeit für den Sonderfall des § 519 BGB gerade beantwortet werden soll.

Der Hinweis auf Treu und Glauben gibt also nur einen allgemeinen Rahmen, aber keine Antwort, und es stellt darum keine Lösung des Problems dar, wenn gemeint wird, es handele sich um einen Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus[4]), oder um eine „Voraussetzung", einen „unterlassenen aktuellen Vorbehalt".[4])

Die Berücksichtigung veränderter Verhältnisse entspringt zwar dem Grundsatz von Treu und Glauben, insbesondere dem Ge-

---

[1]) Baudry-Lacantinerie, Bd. 3, S. 574/75. Der Beschenkte weigert sich z. B. zu Recht, wenn der Schenker nicht bedürftig ist oder übertrieben hohe Forderungen stellt.

[2]) Krückmann, LZ 33, Sp. 481, 482.

[3]) Stammler, Schuldrecht, S. 40, 43.

[4]) Stahl, Die clausula rebus sic stantibus im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 24.

[5]) Krückmann, ArchZivPr. Bd. 131, S. 1 ff., insbes. 95.

danken des Vertragsrisikos, hat aber mit der Einrede des Notbedarfs nichts zu tun. Gewiß kann der Gesetzgeber die Einrede des Notbedarfs an die Veränderung der tatsächlichen Umstände knüpfen. Dies beweisen zum Beispiel das österreichische, das schweizerische und das polnische Recht[1]). Nach dem BGB ist aber eine Veränderung der Umstände seit Abgabe des Schenkungsversprechens nicht erforderlich. Das Gesetz stellt ein derartiges Erfordernis nicht auf, und es wird auch nicht von der Rechtsprechung oder Wissenschaft verlangt)[2]. Der Schenker kann die Erfüllung auch dann verweigern, wenn er bereits im Augenblick des Vertragsschlusses bedürftig war. Zwar wird es oft vorkommen, daß Veränderungen in der Vermögenslage oder in den Bedürfnissen den Notbedarf herbeiführen. Aber begriffsnotwendig und damit für die Erkenntnis des Wesens der Einrede von Belang ist dies nicht. Es kann auch umgekehrt so liegen, daß die Veränderungen zwar die Voraussetzungen der Einrede des Notbedarfs nicht erfüllen, daß aber der Schenker die Leistung nach den Grundsätzen der Lehre von der clausula rebus sic stantibus kürzen darf. Denn dem Schenker darf nur ein geringes Risiko für nachteilige Veränderungen aufgebürdet werden[3]).

Der Unterschied zwischen der Einrede des Notbedarfs aus § 519 und der clausula rebus sic stantibus läßt sich gut an einem von Stampe gebildeten Beispiel[4]) zeigen: ein Schenker verspricht, der Armenverwaltung einer Gemeinde auf sechs Jahre 400 Raummeter Holz jährlich zu liefern. Die Holzpreise steigen so sehr, daß das von ihm beabsichtigte Opfer weit überschritten werden würde. Dann kann er die Leistung in einem angemessenen Umfange kürzen, sodaß ihm nur das beabsichtigte Opfer mit einem gewissen Zuschlag zur Last fällt. Man kann dem Schenker verschwenderische Absichten nicht unterstellen. Er hat einen besonderen Anspruch darauf, nach Billigkeitsgrundsätzen behandelt zu werden, wenn seine Leistung nachträglich erschwert wird. Mit der Einrede des Notbedarfs hat dies aber nichts zu tun. In dem angeführten Beispiel ist es nicht erforderlich, daß der Unterhalt des Schenkers oder seiner Familie gefährdet wird, ebenso wie umgekehrt in den Fällen des § 519 keine Veränderung der Tatsachen eingetreten zu sein braucht. Der § 519 ist daher nicht ein Unterfall, sondern ein

---

[1]) § 947aBGB: „In der Folge"; Art 250 Ziff. 2 Obligationenrecht; Gesetzbuch der Schuldverhältnisse Art. 364; vgl. auch für das ungarische Recht Almasi, Bd. 2, S. 194 N. 7, der den Widerruf der Schenkung wegen wirtschaftlicher Unmöglichkeit bei Umwälzungen und Krisen gewähren will.

[2]) RGRK Anm. 2 zu § 519, S. 139.

[3]) Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt, S. 22.

[4]) Iher. Jahrb. Bd. 72, S. 349; auch Krückmann ArchZivPr. Bd. 128, S. 190.

ähnlicher Fall wie die §§ 157 oder 242 BGB[1]). Er beruht zwar im weitesten Sinne genommen auch auf dem Gedanken von Treu und Glauben, stellt aber seine besonderen Erfordernisse auf, deretwegen er am besten für sich allein gewürdigt wird.[2])

Auch die Auffassung Krückmanns von der Voraussetzung oder dem unterlassenen aktuellen Vorbehalt ist abzulehnen. Krückmann verlangt zwar nicht, daß nach dem Abschluß des Schenkungsversprechens Veränderungen eingetreten seien. Die Lehre von der Voraussetzung beruht auf der Vorstellung, daß der Schenker das Versprechen nur unter demm „kondizionalen"[3]) Vorbehalt abgegeben habe, der Beschenkte würde sich dankbar zeigen und den Schenker bei Bedürftigkeit nicht in Anspruch nehmen. „Die Dankbarkeit ist die kondizionale virtuelle Voraussetzung"[4]). Dem steht aber entgegen, daß es auf die Dankbarkeit des Beschenkten — so sehr sie auch in vielen Fällen mitwirken mag — bei der Einrede des Notbedarfs nicht entscheidend ankommt, sondern auf die Erhaltung des Schenkers und seiner Familie. Ferner spricht gegen die Auffassung Krückmanns, daß der Schenker sich selbst dann auf die Einrede berufen darf, wenn er beim Vertragsschluß ausdrücklich auf sie verzichtet hat, wenn er also den Vorbehalt in sein Gegenteil verkehrt hat. Insbesondere Walsmann[5]) hat sich dafür eingesetzt, daß der Schenker auf die Einrede im voraus nicht verzichten kann. Dies allein entspricht dem sozialen Schutzzweck.

Die Erklärungen, die mehr oder weniger auf den Parteiwillen abstellen, werden dieser besonderen sozialen Bedeutung der Vorschrift nicht gerecht. Es handelt sich hier um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung für den Zweck der Einrede, die bereits im französischen Recht zu entgegengesetzten Auffassungen führte: Bei dem Widerrufsgrund der survenance d'enfants handelt es sich in Anbetracht der sozialen Bedeutung der dem kinderlosen Schenker nachträglich erwachsenen Pflichten nicht um einen ver-

---

[1]) Zu der Streitfrage, ob die clausula rebus sic stantibus sich aus dem einzelnen Vertrage — § 157 — oder aus dem Gesetz — § 242 — ergebe, wird nicht Stellung genommen, weil dies in dem vorliegenden Zusammenhange ohne Bedeutung ist.

[2]) Man kann deshalb auch nicht Stahl, Die clausula rebus sic stantibus im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 24, zustimmen, der in den Fällen, in denen eine tatsächliche Veränderung eingetreten ist, von einem Anwendungsfalle der clausula rebus sic stantibus sprechen will, im übrigen nicht.

[3]) Das ist nach Krückmann ein Vorbehalt, den der Schuldner gemacht hätte, wenn ihm die hemmenden Gegengründe — z. B. die Bedürftigkeit — bekannt gewesen wären. ArchZivPr. 131, S. 46. — A. A.: Oertmann, Geschäftsgrundlage, S. 211.

[4]) ArchZivPr. Bd. 131, S. 95.

[5]) Der Verzicht, S. 244; ebenso RGRK Anm. 2 zu § 519, S. 139; Staudinger-Kober Anm. I, 2b, S. 315 zu § 519; Oertmann Anm. 3 zu § 519 S. 711.

muteten Parteiwillen, wie einige wollen[1]), sondern um eine Regelung im öffentlichen Interesse, um eine „cause d'ordre public"[2]).

Der Schutz des § 519 BGB tritt also nicht wegen eines persönlichen sittlichen Bandes zwischen den Parteien oder im Hinblick auf ihren, in ihren Erklärungen enthaltenen Willen in Kraft, sondern aus einem sozialen Grunde. Die wirtschaftliche Selbständigkeit[3]) des Schuldners und seiner Familie soll nicht durch unentgeltliche Zuwendungen gefährdet werden. Die Schenkung ist durch das Fehlen eines Leistungsaustausches gekennzeichnet. Der Schenker muß zur Erfüllung des Schenkungsversprechens Werte aus seinem Vermögen opfern, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten.

Die Einrede des Notbedarfs schützt den Schenker dagegen, daß der Beschenkte die Ansprüche aus dem Schenkungsversprechen zu seinem eigenen Vorteile bis zum Ruine des Schenkers geltend macht.[4]) Dies ist ein Schutzprinzip, das den heutigen Auffassungen ganz besonders entspricht. In ihm liegt keine weichliche Bevorzugung des Schuldners, keine Inkonsequenz und kein Abgehen vom „festen Boden des Rechts auf Gebiete, auf denen nicht mehr die festen Begriffe des Rechts, sondern die mehr oder minder wechselnden Grundsätze von Moral und Anstand ausschlaggebend"[5]) seien. Die Einrede hat vielmehr ihren Sinn darin, wie Zipperling es ausgedrückt hat[6]), daß aus der rechtlich geschützten physischen Persönlichkeit die rechtlich geschützte wirtschaftliche Persönlichkeit erwachsen sollte.

Der Schutz gilt aber nicht nur im Interesse des Schenkers persönlich, sondern auch der nach dem Gesetz Unterhaltsberechtigten, insbesondere also seiner Familie. Die Einrede steht dem Schenker bereits zu, wenn ganz abgesehen von seinem eigenen Unterhalt die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet ist. Die gesetzlichen Unterhaltspflichten wurden auf Grund eines Zusatzantrages berücksichtigt, durch den zum Ausdruck kommen sollte, daß ein Schenkungsversprechen bei der Be-

---

[1]) Baudry-Lacantinerie's bereits S. 8 unter 2) zitierte Begründung — Bd. 3 S. 569 —, die nachträgliche Geburt der Kinder sei nicht „uniquement au pouvoir du donateur", können wir für das deutsche Recht unmöglich anerkennen; Aubry et Rau, Bd. 11, S. 388 spricht von einer „présomtion légale". Auch dies deutet zu sehr auf den Parteiwillen hin. Der Schutz der Kinder wird aber zutreffend als Hauptzweck betont.

[2]) Planiol et Ripert, Bd. 5, S. 530. Vergleiche S. 8, Nr. 1.

[3]) Zipperling, Das Wesen des beneficium competentiae, S. 129.

[4]) Staudinger-Kober, 9. Aufl., Anm. I, 1a zu § 519, S. 315 — 10. Aufl., S. 384; ähnlich Oertmann Anm. 1 zu § 519, S 710; auch RGRK Anm. 2 zu § 519, S. 139 (Schutz gegen eigenen Leichtsinn).

[5]) Bei Zipperling, Das Wesen des beneficium competentiae, S. 127 zitierte.

[6]) Zipperling, Das Wesen des beneficium competentiae S. 129.

messung der Leistungsfähigkeit eines Unterhaltspflichtigen nicht als „sonstige Verbindlichkeit" nach § 1603 BGB mit anzusetzen sei und gegebenenfalls die Unterhaltspflicht ausschließen könne. Die Unterhaltspflicht geht vielmehr dem Schenkungsversprechen vor.[1])

Allerdings läßt das BGB bei der Geltendmachung des Notbedarfs dem Willen des Schenkers einen gewissen Raum. Die Bedürftigkeit des Schuldners wird nicht von Amts wegen berücksichtigt, sondern nur bei ausdrücklicher Verweigerung der Leistung. Die Betonung des sozialen Schutzgedankens müßte streng genommen zur gegenteiligen Lösung führen; denn das öffentliche Interesse fordert, daß der Schuldner sich und seine Familie nicht gefährde, kein weniger leistungsfähiges Mitglied der Gemeinschaft werde und nicht mit samt seinen Angehörigen der Allgemeinheit zur Last falle.

Jedoch ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 519, daß es sich um eine Einrede im technischen Sinne und nicht um eine Einwendung handelt. Es heißt: „der Schenker kann die Erfüllung verweigern". Es steht also in seinem Belieben, ob er es tun will oder nicht.[2])

Das Gesetz hätte natürlich auch das Gegenteil bestimmen können, so wie z. B. der code civil eine Schenkung bei survenance d'enfants kraft Gesetzes für widerrufen erklärt. Das BGB hat jedoch den Gedanken des sozialen Schutzes nicht bis zum allerletzten durchgeführt. Man erachtete es für ausreichend, daß der Schenker im Interesse seiner Familie die Einrede erheben könne, wollte aber seiner Entscheidung über die Frage, ob er von dem Schutz Gebrauch machen oder aus persönlichen Gründen davon absehen wolle, nicht vorgreifen. Das Prinzip des freien Eigentums und der Befugnis zum Schenken — wie zum Testieren — streitet hier mit dem des Schutzes der Familie. So wurde bei der prozessualen Seite des Problems der materiellrechtliche Gedanke des sozialen Schutzes etwas abgeschwächt, indem man nur eine Einrede schuf.[3]) Diese Einrede verdient deswegen aber noch nicht

---

[1]) Staudinger-Kober, 9. Aufl., Anm. 4b zu § 519, S. 315; RTK S. 41.

[2]) Auch im Schrifttum wird — wie es ja nach dem Wortlaut nicht anders sein kann — eine Einrede angenommen; Oertmann Anm. 2 zu § 519, S. 711; Staudinger-Kober, 9. Aufl., Anm. I, 2 zu § 519, S. 315; Fischer, Iher. Jahrb. Bd. 34, S. 465; Krückmann LZ 33, 483; Oppenheim, Das Schenkungsversprechen des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 61.

[3]) Auf diesem Umstande dürfte auch mancher Widerspruch in den Ausführungen im Schrifttum über die Einrede des Notbedarfs beruhen. Es ist z. B. ein Widerspruch, ausdrücklich auf den zozialen Schutzzweck der Einrede zu verweisen, wie Staudinger-Kober, 9. Aufl., Anm. I a zu § 519, S. 315 und Oertmann Anm. 4, S. 712 es tun, und gleichzeitig von der höchstpersönlichen Natur der Einrede zu sprechen, wie Oertmann Anm. 2 zu § 519, S. 711 und Staudinger-Kober, 9. Aufl., Anm. I, 9 S. 316. Anders allerdings jetzt Staud. Kober, 10. Aufl. Anm. 9, S. 385 zu § 519.

die Bezeichnung „höchstpersönlich". Der Schuldner hat zwar die Möglichkeit, von der Erhebung der Einrede abzusehen. Erhebt er sie aber, so entscheidet nur das soziale Schutzprinzip. Allerdings werden persönliche Momente wie Freundschaft oder Dankbarkeit den Schuldner bei einem Rechtsverhältnis, das auf seiner Seite im allgemeinen von altruistischen Erwägungen getragen sein sollte, in seiner Entscheidung oft beeinflussen. Sie sind jedoch ohne Bedeutung für die Frage, ob der Schuldner bedürftig im Rechtssinne ist, und ob er und seine Familie Schutz verdienen.

Die Auffassung, die Einrede sei ein höchstpersönliches Recht, wird zwar vielfach[1]) vertreten, aber meistens ohne nähere Begründung.

Es ist darauf hingewiesen worden, daß das BGB den Begriff der höchstpersönlichen Einrede nicht kenne[2]). Es kommt aber nicht auf diese begriffliche Erwägung, sondern auf den Zweck der Einrede an. Die Ausübung eines Rechts, also auch eines Einrederechtes, kann auf bestimmte Personen beschränkt sein, weil seine sachlichen und persönlichen Voraussetzungen sowie sein Zweck die Erstreckung auf andere Personen verbieten.[3])

Ein Grund, die Einrede des Notbedarfs als höchstpersönliche anzuerkennen, könnte einmal in dem Erfordernis eines besonderen persönlichen Verhaltens des Beschenkten gegenüber dem Schenker liegen. So ist der Widerruf wegen Undanks ein höchstpersönliches Recht, weil der Beschenkte dem Schenker und nur ihm Dank dafür schuldet, daß er das Schenkungsversprechen abgegeben und sich zur unentgeltlichen Aufopferung eines Teiles seines Vermögens bereit erklärt hat. In diesem Falle kommt es weniger auf die vermögensrechtlichen Folgen des Schenkungsversprechens als auf die Tatsache an, daß der Schuldner durch die Schenkung Freigebigkeit bewiesen hat. Deshalb muß der Gläubiger auf ihn Rücksicht nehmen[4]). Die romanischen Rechte stellen hierauf bei dem Widerruf wegen Verweigerung des Unterhalts ab. Für die Einrede des Notbedarfs nach deutschem Recht ist dieser Gedanke aber bereits abgelehnt worden.

Das höchstpersönliche Moment kann also nicht in dem Schenkungsvertrage selbst, insbesondere nicht in der Tatsache, daß der Schenker sich freigebig gezeigt und den Beschenkten zu

---

[1]) Oertmann, Anm. 4 zu § 519; S. 712; Staud.-Kober, 9. Aufl. Anm. 9 zu § 519, S. 316; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 391; Planck-Siber, Anm. 1 a zu § 417, S. 610; a. A: Staudinger, 10. Aufl., Anm. 9 zu § 519, S. 385; RGRK, Anm. 3 zu § 519, S. 139; Enneccerus, § 122 (345), Anm. 3, S. 439.

[2]) Radicke, ArchbürgR. Bd. 32, S. 402 mit weiteren Zitaten.

[3]) so z. B. beim Widerruf einer Schenkung wegen Undanks — § 530 BGB — oder beim Deflorationsanspruch — § 1300 BGB.

[4]) so Oertmann, Anm. 4 zu § 519, S. 712; Er gesteht den Erben die Einrede nicht zu, weil „er ja nichts geschenkt habe". Auch verweist er auf § 530 II, nach dem der Erbe den Widerruf wegen Undanks nur ganz ausnahmsweise geltend machen kann.

Dank verpflichtet hat, liegen, sondern nur in den Wirkungen, die sich bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses ergeben. Während aber bei einem entgeltlichen Geschäft die Einwendungen und Einreden des Schuldners fast stets auf der Beschaffenheit oder dem Ausbleiben der Gegenleistung beruhen, fußt die Einrede des Notbedarfs auf dem von vornherein gegebenen Mangel der Gegenleistung. Dieser Mangel beeinträchtigt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Schenkers und gibt ihm zum Ausgleich dafür bei eigener Notlage das Recht, sich von der Leistungspflicht zu befreien, ähnlich wie ihn eine Unmöglichkeit der Leistung befreit. Nicht weil der Gläubiger in sachlicher oder persönlicher Hinsicht einen Fehler begangen hat, muß er zurückstehen, sondern weil er keine Gegenleistung erbringt, dadurch die Leistung des Schuldners erschwert und seine wirtschaftliche Selbständigkeit gefährdet. Die Einrede des Notbedarfs stellt nun zwar in diesem Zusammenhange auch auf persönliche Momente, wie insbesondere auf den standesgemäßen Unterhalt des Schenkers und seiner Familie ab. Sie ist aber deshalb nicht schon ein höchstpersönliches Recht; denn es ist ebenso unsozial, die Nachkommen des Schenkers Not leiden zu lassen, wie ihn selbst. Das Bedenken, es fehle alsdann der Maßstab[1]) für die Bedürftigkeit, der in den persönlichen Verhältnissen des Schenkers begründet sei, ist eine petitio principii. Bei einem Wechsel des Schuldners sind eben die Verhältnisse des neuen Schuldners zu berücksichtigen; denn auch er kann durch die rücksichtslose Verfolgung der Ansprüche des Beschenkten in Not geraten. Das Fehlen des Leistungsaustausches gefährdet ihn in der gleichen Weise wie den Schenker selbst.

Die Schutzwürdigkeit und die Schutzbedürftigkeit des Schuldners aus einem Schenkungsversprechen werden besonders deutlich, wenn man sich die Grenzfälle vor Augen hält, in denen scheinbar ein Leistungsaustausch fehlt, die aber doch nicht Schenkung sind.

Wenn etwa Angestellte oder Arbeiter nachträglich eine Zuzahlung zu ihrem Lohne erhalten, so wird eine Leistung vergolten, die auf der Seite des empfangenden Teiles bereits früher bewirkt wurde. Ein derartiges Rechtsgeschäft wird deshalb nicht nach den Schenkungsregeln behandelt. Der Austausch der Leistung oder die Gewährung von Vorteilen, die ein Geschäft zu einem entgeltlichen machen, kann aber auch versteckter liegen. Da es den Parteien unbenommen ist, nach welchen Maßstäben sie ihre Leistungen bewerten wollen, kann ein entgeltliches Verhältnis auch dann vorliegen, wenn der Wert der einen Leistung den der anderen objektiv genommen erheblich übersteigt[2]). Erst der Wille der Parteien entscheidet über die Frage, ob ein Austauschverhältnis vorliegen soll, oder ob eine Schenkung beabsichtigt ist. Deshalb sind besondere persönliche Umstände wie Familienbande und subjektive

---

[1]) Siber, Schuldrecht, S. 255.

[2]) RG Warn. 1937, S. 53; RGZ 81/365, 367; RGRK Anm. 7 zu § 516.

Erwägungen nicht außer acht zu lassen. Gerade aus ihnen kann sich ergeben, welchen Vorteil die eine Partei für sich erstrebt und welchen Lohn sie für ihre Leistung erhält. Es braucht sich nicht stets um einen sichtbaren Austausch von Gütern oder Leistungen zu handeln, sondern auch andere Vorteile, insbesondere familiärer Art können die Entgeltlichkeit begründen.[1]) Wenn sich zum Beispiel eine Familie über ein Gut auseinandersetzt und ein Familienmitglied das Gut zu einem Preise erhält, der beträchtlich unter dem objektiven Wert liegt, so braucht deswegen nicht etwa eine gemischte Schenkung vorzuliegen. Die Aussicht, daß das Gut der Familie in der Hand des leistungsfähigsten Mitgliedes am ehesten erhalten bleiben kann, und daß auch die anderen Angehörigen auf dem Gute Wohnung und Nahrung erhalten werden, kann das Geschäft zu einem rein entgeltlichen machen[2]).

Mit solchen Fällen sind freilich nicht diejenigen Geschäfte zu verwechseln, bei denen ein Teil dem anderen ohne einen Austauschzusammenhang schaffen zu wollen, eine Zuwendung auf Grund einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht macht (§ 534 BGB). Wenn die Parteien sich darüber einig sind, daß der Leistende rechtlich überhaupt nichts zu leisten braucht, und daß nur eine sittliche Pflicht oder eine Anstandsrücksicht gegeben ist, so liegt ein unentgeltliches Geschäft vor[3]). Eine derartige Schenkung wird im Interesse des Beschenkten zwar nach ihrem Vollzuge besonders bevorzugt: sie unterliegt nicht der Rückforderung und dem Widerrufe. Bei einem Schenkungsversprechen solcher Art überwiegt aber doch wieder die Rücksicht auf die Gefahren, die der Schenker läuft, die auf die sittliche Pflicht und den Anstand zu nehmenden Rücksichten. Das Schenkungsversprechen bedarf auch in diesem Falle der Form des § 518 BGB und ist der Einrede des Notbedarfs aus § 519 BGB ausgesetzt[4]).

Das entscheidende Merkmal für die Abgrenzung aller dieser Fälle ist also die subjektive Auffassung der Parteien über die Art und die Höhe der für jede von ihnen bei dem Geschäft entstehenden Vorteile und ihre Einigkeit über die Unentgeltlichkeit der Zu-

---

[1]) RGB 81/367; RG Warn. 1937, 53; RG JW 1935, 3037. Die Überschrift über dieser letzten Entscheidung besagt zwar, es gebe rechtlich unverbindliche Pflichten, die aus Billigkeitsrücksichten erfüllt werden müssen. Liest man aber die Entscheidung, so ist sehr zweifelhaft, ob das RG zwischen den sittlichen und Anstandspflichten des § 534 BGB und einer echten Rechtsverbindlichkeit wirklich noch eine besondere Kategorie der Billigkeitspflichten schaffen wollte'. Es handelt sich nämlich um die Entschädigung für eine ausscheidende, langjährige Pächterin durch den Verpächter. Dabei sind alle Umstände und Vorteile abzuwägen.

[2]) RG Warn. 1937, 53.

[3]) RGZ 125/383.

[4]) RGRK Anm. 1 zu § 534, S. 151.

wendung. Gerade diese subjektiven Momente stellen aber die bei jeder Schenkung obwaltende Einseitigkeit des Rechtsverhältnisses klar: der Vorteil liegt bewußt ganz einseitig auf der Seite des Beschenkten: dem Schenker kommen weder objektiv sichtbare und verwertbare Leistungen noch besondere aus den persönlichen Absichten und Verhältnissen der Parteien sich ergebende Vorteile zugute.

Diese Einseitigkeit schafft aber eine geringere Schutzwürdigkeit der Interessen des Gläubigers und hat auf der Gegenseite eine um so stärkere Schutzbedürftigkeit des Schuldners zur Folge. Geht man hiervon aus, so muß der Schutz nicht nur dem zugute kommen, der selbst geschenkt hat, sondern jedem, der vom Rechte gestellt wird wie ein Schenker, der begrifflich ausgedrückt aus dem Rechtsgrunde der Schenkung haftet. Auch er opfert Vermögenswerte ohne wirtschaftlichen Nutzen für sich und seine Familie auf und ist deshalb schutzwürdiger als der Gläubiger, der überhaupt keine Leistung erbringt.

Die Einrede ist also nicht höchstpersönlich.

Schließlich ergibt sich aus dem sozialen Schutzgedanken, daß die Einrede nur solange Geltung haben kann, als der Schuldner schutzbedürftig ist. Wenn seine Bedürftigkeit behoben ist, besteht die besondere Gefahrenlage des § 519 BGB nicht mehr, und der Gläubiger kann nun wieder die volle Leistung verlangen. Die Einrede ist also nicht eine dauernde (peremptorische), sondern eine verzögerliche (dilatorische)[1]). Deshalb ist bei der Frage, wann und in welchem Umfange Dritten die Einrede zuzugestehen ist, auch die weitere Entwicklung der Umstände, die die Bedürftigkeit begründen, im Auge zu behalten.

Für das BGB lassen sich also folgende Grundsätze aufstellen:

Die Einrede ist ein soziales Schutzgesetz.

Sie soll den Schenker und die nach dem Gesetze Unterhaltsberechtigten gegenüber Ansprüchen aus einem Schenkungsversprechen vor einer Notlage sichern.

Sie stellt auf die besondere Gefahr ab, die in der Einseitigkeit des Rechtsverhältnisses, insbesondere in dem Mangel eines Leistungsaustausches für den Schuldner liegt, und auf die geringere Schutzwürdigkeit des Gläubigers. Sie beruht nicht auf einer Verletzung der guten Sitten oder von Dankes- und Anstandspflichten oder auf einer Veränderung der Umstände oder auf dem Parteiwillen.

Sie ist nicht höchstpersönlich.

Sie ist „Einrede", nicht „Einwendung"; also nur auf Vorbringen des Schuldners zu berücksichtigen.

Sie verliert ihre Kraft, wenn der Schenker oder sein Nachfolger leistungsfähig wird oder ist.

---

[1]) Oertmann Anm. 5 zu § 519, S. 712 mit weiteren Zitaten.

3. Kapitel.

Der Geltungsbereich der Einrede beim Erben.

Die herrschende Meinung versagt dem Erben die Einrede des Notbedarfs mit der Begründung, sie beruhe ausschließlich auf den persönlichen Beziehungen des Erblassers zum Beschenkten[1]). Andere vertreten die gegenteilige Ansicht und weisen darauf hin, daß auch der Erbe aus dem Rechtsgrunde der Schenkung hafte[2]).

Die erste Ansicht stellt auf den Gedanken des höchstpersönlichen Rechtes ab. Diese Auffassung wurde bereits im vorigen Kapitel abgelehnt. Die Einrede ist in ihrem materiellen Prinzip nicht höchstpersönlich. Lediglich bei ihrer Verwirklichung bleibt dem Schenker die Möglichkeit, persönliche Erwägungen zu berücksichtigen, da er die Einrede nicht zu erheben braucht. Irgendeine Rücksicht auf die Meinung des Schenkers ist nach seinem Tode nicht mehr zu nehmen, vielmehr kommt es dann auf die Ansicht der jetzigen Schuldner an, der Erben.

Im französischen Recht ist der Übergang der Rechte des Schenkers auf den Erben ausführlich behandelt worden. Der code civil stellt bei dem refus d'aliments auf einen sittlichen Verstoß, die Verletzung der Dankespflicht, ab. Diesen Verstoß kann grundsätzlich nur der Erblasser selbst beurteilen. Nach seinem Tode darf niemand den Widerruf geltend machen, weil man nicht wissen kann, wie der Erblasser das Verhalten des Beschenkten beurteilt, ob er ihm insbesondere nicht verziehen hätte. Wie schon ausgeführt, ist jedoch im französischen ebenso wie im italienischen und schweizerischen Recht dieser Grundsatz dadurch weitgehend aufgehoben, daß der Erbe den Widerruf geltend machen kann, wenn der Erblasser die Widerrufsklage bereits rechtshängig gemacht hatte, oder wenn seit dem zum Widerruf berechtigenden Ereignis bis zum Tode des Erblassers nur ein Jahr verflossen war.

Diese Ausnahmen beruhen im ersten Falle auf der Erwägung, daß der Schenker seinen Willen, nicht zu verzeihen, schon zu erkennen gegeben hatte, indem er die Klage erhob, — im anderen auf der Vorstellung daß er ja während der Jahresfrist die Klage vielleicht noch erhoben hätte, wenn er nicht vor ihrem Ablauf verstorben wäre. Man kann zwar grundsätzlich davon ausgehen, der Schenker habe dem Beschenkten verziehen, wenn er den Widerruf längere Zeit hindurch nicht geltend macht, man kann dies aber nicht annehmen, wenn zwischen dem zum Widerruf berechtigenden Ereignis und dem Tode des Erblasser nur das Jahr, innerhalb dessen der Erblasser die Klage noch erhoben

---

[1]) Knoke, Ihr. Jahrb. 60, 427; Planck-Siber Anm. 1 zu § 519 S. 784; Staudinger-Kober, 9. Aufl., Anm. 9 zu § 519, S. 316; Oertmann Anm. 4 zu § 519, S. 712.

[2]) RGRK Anm. 3 zu § 519, S. 139; ihm folgend neuerdings auch Staudinger-Kober, 10. Aufl., Anm. 9, S. 385.

konnte, verflossen ist.[1]) An seiner Stelle macht nun der Erbe den Widerruf geltend. Er ist dabei nicht der vermögensrechtliche Nachfolger des Schenkers, sondern Repräsentant seiner Person[2]). Deshalb ist es unmöglich, die Widerrufsklage nach dem Tode des Schenkers als rein vermögensrechtlichen Anspruch anzusehen. Sie bleibt für den Erben das, was sie für den Erblasser war: Wiedergutmachung eines Unrechts — réparation de l'injure —. Der Erbe rächt die Beleidigung!

Damit gesteht sogar eine Rechtsordnung, die von dem Gedanken einer höchstpersönlichen Ehrenkränkung ausgeht, dem Erben die Rechte des Erblassers zu, wenn auch nur während einer begrenzten Frist.

Indessen kann man diese Grundsätze nicht einfach auf das deutsche Recht übertragen, weil es nicht von dem Gedanken eines Verstoßes gegen Sitte und Anstand oder gegen Dankespflichten ausgeht, sondern von einem sozialen Schutzprinzip. Das deutsche Recht stellt nicht auf die persönliche Rache des Schenkers, sondern auf die bedrohte Existenz des Schuldners und seiner Familie ab. Maßgebend ist deshalb das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Schuldners und der Unterhaltsberechtigten. Die Gemeinschaft, und zwar über die Familie des Schenkers hinaus auch die Gemeinden und der Staat können an der Erhaltung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners und seiner Familie interessiert sein, selbst wenn Schuldner nicht der Schenker selbst, sondern sein Erbe ist.

Bevor aber auf die Wahrung dieses öffentlichen Interesses in den denkbaren Einzelfällen näher eingegangen werden kann, ist zu überlegen, ob der Erbe nicht durch Sonderbestimmungen des Erbrechtes schon hinreichend geschützt ist.

Als Sondergesetze kommen die Ansprüche auf Ergänzung des Pflichtteils gegen einen Beschenkten — § 2325 BGB — und die besonderen Einreden des Erben in Betracht.

Die Ansprüche auf Ergänzung des Pflichtteils bestehen unabhängig von der Bedürftigkeit des Pflichtteilsberechtigten. Es handelt sich bei ihnen um eine allgemeine Schranke der Testierfreiheit, die die Verwandten gegen die Willkür des Erblassers schützen und den gesetzlichen Erben zumindest einen bestimmten Anspruch gegen den Nachlaß sichern soll. Man kann deshalb aus den Ansprüchen auf Pflichtteilsergänzung sogar entnehmen, daß die Familie dem Beschenkten gegenüber ganz allgemein, auch bei anderen Interessenlagen als der Einrede des Notbedarfs, in einem be-

---

[1]) Aubry et Rau, Bd. 11, S. 378, 379 N. 18; Schmid, Schenkung nach dem schweizerischen Zivil-Gesetzbuch, S. 130.

[2]) Aubry et Rau, Bd. 11, S. 379 gegen Demolombe, der meint, es handele sich um eine „punition pécuniaire", um eine Art Geldstrafe.

stimmten Umfange bevorzugt wird[1]). Diese Regelung greift also unserer Kürzung wegen Notbedarfs nicht vor.

Die sonstigen Rechtsbehelfe des Erben sollen ihm teils Zeit geben, sich über den Bestand des Nachlasses zu vergewissern, wie zum Beispiel die aufschiebende Dreimonatseinrede und die Einrede des schwebenden Aufgebotsverfahrens, §§ 2014 ff. BGB. Diese Einreden stellen in keiner Weise auf den Bestand des Nachlasses oder die Vermögensverhältnisse des Erben ab. Zum anderen dienen die Rechtsbehelfe des Erben der Beschränkung seiner Haftung wie das Aufgebot der Nachlaßgläubiger, § 1973, die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses, § 1975, die Säumniseinrede, § 1974, und die Bedürftigkeitseinreden, §§ 1990, 1991 BGB.

Die Einrede der beschränkten Erbenhaftung gibt dem Erben das Recht, den Gläubiger in der Zwangsvollstreckung auf den Nachlaß — in den Fällen der §§ 1973, 1974 BGB auf den Überschuß der Aktiva über die Passiva — zu verweisen. Es handelt sich dabei um eine Erleichterung der Haftung. Auf die Frage aber, welchen Umfang die Schulden des Erblassers haben, geben diese Bestimmungen keine Antwort. Es wäre daher abwegig, dem Erben die Einrede des Notbedarfs deshalb zu versagen, weil er sich auf die Dürftigkeit des Nachlasses ohnehin berufen könne. Er ist trotz der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung zu schützen. Zwar soll der Nachlaß in erster Linie der Befriedigung der Gläubiger dienen. Werden aber Ansprüche aus einem Schenkungsversprechen erhoben, so entsteht die Frage, ob der Erbe gleich dem Schenker selbst einen Teil des ererbten Vermögens für seinen Unterhalt und für die Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflichten beanspruchen kann. Wenn er nämlich dieses Recht hat, so kann er es durch die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß nicht mit Sicherheit verwirklichen, da der Fall eintreten kann, daß der ganze Nachlaß für die Erfüllung des Schenkungsversprechens aufgebraucht wird. Die gleiche Auffassung hat das Reichsgericht[2]) in Aufwertungsprozessen zwischen dem Aufwertungsgläubiger und den Erben des Schuldners vertreten. Es würdigt bei der Aufwertung u. a. auch die Vermögenslage der streitenden Parteien. Es hat es dabei als abwegig bezeichnet, dem Erben des Schuldners die Berufung auf seine eigenen Vermögensverhältnisse deshalb zu verweigern, weil er durch den Vorbehalt der beschränk-

---

[1]) Hierzu hat sich Reatz in den Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages, Berlin, 1889, Bd. 2, Gutachten Nr. 16, S. 84—86, in auch heute noch sehr beachtlicher Weise geäußert. Er betont den Schutz der Familie, auf die sich „der nationale und soziale Körper unseres Volkes aufbaue", so daß „das Gemeinwesen das höchste Interesse daran habe, daß die Familie wirtschaftlich stark sei."

[2]) RG JW 1928, 3036, Nr. 1; JW 1929, 361 mit zustimmender Anmerkung von Mügel.

ten Erbenhaftung hinreichend geschützt sei. Dieser Gedanke trifft auch für Ansprüche aus einem Schenkungsversprechen, denen der Erbe die Einrede des Notbedarfs entgegenhält, zu.

Sonderbestimmungen stehen also der Gewährung der Einrede nicht entgegen. Es kommt nur darauf an, ob es mit ihrem Zweck im Einzelfalle vereinbar ist, wenn man sie nicht nur dem Schenker, sondern auch dem Erben zubilligt.

Da die Einrede den Schutz des Schenkers und der Unterhaltsberechtigten gegen wirtschaftlichen Ruin bezweckt, ist sie zumindest dann den Erben zuzugestehen[1]), wenn auf ihn die Unterhaltspflichten des Erblassers übergegangen sind, oder wenn er selbst unterhaltsberechtigt war und ohne Erhebung der Einrede in dem durch § 519 bestimmten Umfange gefährdet werden würde. Hinsichtlich nicht unterhaltsberechtigter Erben, zum Beispiel entfernter Verwandter oder nicht verwandter Testamentserben könnte hingegen eingewendet werden, daß sie bisher keine Ansprüche auf Leistungen aus dem Vermögen des Erblassers hatten, und daß sie auch jetzt nicht einen Teil des Nachlasses für ihren Unterhalt zum Nachteile des Gläubigers beanspruchen dürfen.

In der Tat gewährt im französischen Schrifttum die herrschende Meinung[2]) den Widerruf wegen Verweigerung des Unterhalts nur den „héritiers proprement dits", den gesetzlichen Erben, nicht aber den „héritiers personels" und den „créanciers héréditaires", den Vermächtnisnehmern und den Nachlaßgläubigern. Wer nicht als Angehöriger einer der vier Erbfolgeordnungen des Artikels 731 code civil erbt, sondern nur durch den Willen des Erblassers eingesetzt wird, ist nach der französischen Auffassung nicht „héritier", Repräsentant der Person, sondern nur Vermächtnisnehmer[3]). Er kann auch nicht für die Person des Erblassers die diesem zustehende Rache ausüben, weil er in dessen persönliche Stellung nicht einrückt. Die Auffassung, daß der Widerruf sich durch den Erbfall in einen rein vermögensrechtlichen Anspruch verwandle, wird mit Recht abgelehnt[4]).

Diese Meinung beruht jedoch auf dem besonderen Erbrecht und auf dem Rach- und Strafgedanken des französischen Rechtes. Im deutschen Recht ist eine andere Frage zu stellen, nämlich die, ob es das soziale Schutzprinzip fordert, daß man dem Erben — gleichviel ob Gesetzes- oder Testamentserbe — die Einrede zugesteht.

---

[1]) Oser Anm. 3 zu Art. 251 Schweizerisches Obligationenrecht, S. 567 will auf die Familienpflichten des Erben dann abstellen, wenn sie auf ihn vom Erblasser übergegangen sind, sonst nur auf die Verhältnisse des Erblassers.

[2]) Aubry et Rau, Bd. 11, S. 379, 380 N. 18.

[3]) Zachariae-Crome, Bd. 4, S. 2, 3.

[4]) Aubry et Rau, Bd. 11, S. 379 gegen Demolombe XX, 690.

Der Erbe trifft kraft Gesetzes in die Schulden des Erblassers ein. Dem Zugriffe des Beschenkten wird dadurch ein Vermögen unterworfen, das sich durch die Erfüllung des Schenkungsversprechens ständig verringert, ohne daß ihm dafür Vorteile irgendwelcher Art zufließen. Die Gefahr des Schenkungsversprechens trifft den Erben in der gleichen Weise wie den Schenker selbst. Deshalb verdient die Erhaltung des standesgemäßen Unterhalts für ihn und seine Familie ebenfalls den Vorzug vor den Ansprüchen des Beschenkten.

Diesem Gedanken stehen die aus sozialen Gründen erlassenen Vorschriften des französischen, italienischen, schwedischen und österreichischen Rechtes zum Schutze der Kinder des Schenkers viel näher, als der rein äußerlich vielleicht ähnlichere Tatbestand des Widerrufs wegen Verweigerung des Unterhalts. Das französische und das italienische Recht, die zwar die Verweigerung des Unterhalts als eine Beleidigung des Schenkers und damit grundsätzlich als eine persönliche Angelegenheit zwischen ihm und dem Beschenkten betrachten, sehen in dem Erwachsen wichtiger familienrechtlicher Pflichten ein Ereignis von öffentlichem Interesse. Der Widerruf einer Schenkung wegen nachträglicher Geburt von Kindern ist, wie schon mehrfach betont, eine Schutzmaßnahme für die Kinder[1]), eine Regel „d'ordre public"[2]). Der Widerruf tritt im französischen Recht „de plein droit", unmittelbar kraft Gesetzes ein, und auch im italienischen Rechte verjährt die entsprechende Klage erst nach fünf statt schon nach einem Jahr wie in den Fällen des Undanks. Und das Widerrufsrecht haben auch die Kinder und nicht nur der Schenker selbst. Schließlich tritt der Schutz auch zu Gunsten solcher Kinder ein, die nach dem Tode des Schenkers geboren werden. Das schwedische Recht macht es dem Beschenkten zur Pflicht, für bedürftige, von dem Schenker hinterlassene Kinder zu sorgen. Im österreichischen Recht — § 954 a BGB — gibt die nachträgliche Geburt von Kindern zwar kein Widerrufsrecht, wohl aber einen Anspruch auf die gesetzlichen Zinsen. Dieser steht den Kindern ebenso wie dem Schenker selbst zu.

Bei allen diesen Rechten handelt es sich also nicht um einen höchstpersönlichen Anspruch des Schenkers, sondern auch um Ansprüche der Kinder, die meistens zugleich die Erben sein werden. Der Schutz der Familie ist in diesen Fällen von der persönlichen Rücksichtnahme auf den Schenker klar unterschieden. Im BGB ist diese Unterscheidung nicht enthalten. Dem sozialen Schutzgedanken und der nationalsozialistischen Auffassung vom Wesen der Familie entspricht es aber, die familienrechtlichen Pflichten in den Vordergrund zu stellen und nicht das persönliche Verhältnis zu dem Schenker. Die Einrede ist deshalb auch den Erben zuzugestehen.

---

[1]) Aubry et Rau, Bd. 11, S. 389; Planiol-Ripert, Bd. 5, S. 531, 532.

[2]) Planiol et Ripert, Bd. 5, S. 530.

Die Anknüpfung an die familienrechtlichen Pflichten des Schenkers selbst ist freilich nur gegeben, wenn der Erbe zu den Unterhaltsberechtigten und damit zur Familie des Erblassers gehörte. Es kann aber auch keinen Unterschied machen, wenn der Schenker von einem Außenstehenden oder von einem nicht unterhaltsberechtigten, ferneren Verwandten beerbt wurde. Da der soziale Schutzgedanke wie ausgeführt nicht von dem beim Vertragsschluß vorhandenen Parteiwillen und auch nicht von dem persönlichen, sittlichen Bande zwischen dem Schenker und dem Beschenkten ausgeht, sondern von der dem Schuldverhältnis als solchem anhaftenden besonderen Interessenlage, nämlich der geringeren Schutzwürdigkeit des nehmenden, der höheren Schutzbedürftigkeit des gebenden Teiles, beansprucht er auch Geltung, wenn an die Stelle der ursprünglich geschützten Familiengemeinschaft infolge des Erbfalles eine ganz andere tritt. Statt des Erblassers und seiner Familie wird jetzt der Erbe und seine Familie geschützt.

Eine unterschiedliche Behandlung dieser Fälle würde auch kaum mit dem System des BGB in Einklang zu bringen sein, das die Erbenhaftung unabhängig von der Frage regelt, ob der Erbe mit dem Erblasser verwandt war oder nicht.

Ebenso kann es nicht auf die näheren Umstände beim Abschluß des Schenkungsvertrages ankommen, wie zum Beispiel darauf, ob der Beschenkte eine dem Erblasser besonders nahestehende Person war, die durch das Schenkungsversprechen dem Erben gegenüber bewußt bevorzugt werden sollte. Denn der Parteiwille ist für die Einrede des Notbedarfs ohne Belang.

Gewährt man somit die Einrede dem Erben grundsätzlich, so wird man noch fragen müssen, ob es im einzelnen einen Unterschied macht, in welchem Zeitpunkt die Notlage eingetreten ist, ob sie in der Person des Erblassers oder des Erben bestand, und wer von beiden sich auf sie beruft.

Kann der Erbe die Bedürftigkeit des Erblassers überhaupt geltend machen, und ist bejahendenfalls die Vermögenslage des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes maßgebend, oder kommt es auf die Fortentwicklung des Nachlasses an, oder geben schließlich die eigenen Vermögensverhältnisse des Erben den Ausschlag?

Diese Fragen haben auch bei der schon erwähnten Rechtsprechung des Reichsgerichtes in Aufwertungssachen eine Rolle gespielt. Das Reichsgericht[1]) und ihm folgend Mügel[2]) treten je nachdem für eine Erhöhung oder Ermäßigung des Ausgleichsanspruchs des Gläubigers ein, wenn der Erbe persönlich sich in besonders günstiger oder ungünstiger Vermögenslage befindet, Enneccerus-Kipp[3]) stellt dagegen auf die Verhältnisse des Erblassers und des Nachlasses ab und will die Lage des Erben nur dann be-

[1]) JW 1928, 3036, Nr. 1; JW 29, 361.
[2]) Anm. zu JW 1929, S. 361.
[3]) § 73 I, 1, S. 236.

rücksichtigen, wenn er für die Schuld mit eigenem Vermögen haftet.

Will man zu einer gerechten Entscheidung kommen, so muß man von den Wirkungen ausgehen, die die Bedürftigkeit des Schenkers bei seinem Tode erzeugte.

Die Bedürftigkeit allein hatte überhaupt keine rechtliche Bedeutung, da es noch einer ausdrücklichen Erklärung des Schuldners, einer Einrede, bedurfte. Aber auch die Ausübung des Einrederechts hatte nicht eine dauernde Wirkung, die dem Schuldverhältnis ein für allemal anhaftete. Wie im zweiten Kapitel ausgeführt, fällt das Leistungsverweigerungsrecht vielmehr weg, wenn der Schuldner nicht mehr bedürftig ist. Durch den Tod des Schenkers tritt von selbst eine Veränderung in der Bedürftigkeit ein, da nunmehr eine andere Person mit anderen Pflichten und anderem Vermögen den Schutz des § 519 begehrt. Es hätte wenig Sinn, wenn ein reicher Erbe sich auf die Bedürftigkeit des Erblassers berufen könnte. Der Schenker ist tot, er braucht für sich selbst oder für andere Personen nicht mehr zu sorgen. Der Erbe aber ist nicht bedürftig. Weshalb sollte dann das Interesse des Beschenkten an voller Erfüllung zurückgestellt werden? Oder der Erblasser war wohlhabend und hatte für niemand zu sorgen; der Erbe aber hat eine große Familie und soviele sonstige Verpflichtungen, daß er trotz günstiger Lage des Nachlasses als bedürftig anzusprechen ist. Sollte es dann auf seine eigene Vermögenslage nicht ankommen?

Maßgebend ist also wie bei den erwähnten Aufwertungsverpflichtungen der Umstand, daß die Verbindlichkeit aus dem Schenkungsversprechen ein in der Entwicklung befindliches Recht ist, und daß alle Veränderungen, also auch die, die durch den Tod des Erblassers eintreten, zu berücksichtigen sind. Die Verweigerung der Leistung ist nur dann, aber auch stets dann begründet, wenn der Erbe als der jetzige Schuldner in der durch § 519 BGB bestimmten Weise gefährdet wird. Die Lage des Nachlasses ist dabei insoweit zu berücksichtigen, als der auf den Erben entfallende Teil der Aktiven und Passiven zusammen mit seinem eigenen Vermögen seine Bedürftigkeit beeinflußt.

Da es auf die Notlage des Erblassers mithin nicht ankommt, ist es auch ohne Bedeutung, ob er die Einrede erhoben hatte oder nicht, oder ob er sogar auf sie nachträglich verzichtet hatte.[1])

Die Frage schließlich, ob der Erbe beschränkbar oder unbeschränkbar haftet, ist ebenfalls nicht ausschlaggebend, weil die Einrede bezweckt, dem Erben sein Vermögen und zwar auch den

---

[1]) In diesem Falle gesteht das Schrifttum im französischen Recht — Colin et Capitant Bd. 3, S. 807 — und im schweizerischen Recht — Oser Anm. 3 zu Art. 251, S. 567 — dem Erben die Einrede nicht zu. Das ist aber nur gerechtfertigt, wenn man von dem Gedanken eines höchstpersönlichen Rechtes und einer dementsprechenden Verzeihung durch den Schenker ausgeht.

ihm zustehenden Anteil am Nachlaß für die Bedürfnisse seiner eigenen Person und seiner Familie zu erhalten.

Es ist daher stets und allein von der Bedürftigkeit des Erben und dem Umfange der gegen ihn gerichteten Unterhaltsansprüche sowie von seinen eigenen sonstigen Verbindlichkeiten und den von ihm zu tragenden Nachlaßverbindlichkeiten auszugehen.

4. Kapitel.

Der Geltungsbereich der Einrede bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft findet eine Rechtsnachfolge familien-, nicht erbrechlicher Art statt. Sie beruht auf dem Gedanken, daß die Vermögensgemeinschaft, die zwischen dem Verstorbenen und seinem Ehegatten bestand, zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern unverändert fortgesetzt wird. Zweck des Rechtsinstituts soll es sein, der Familie das Hausgut ungeteilt und ungeschmälert zu erhalten. Damit sollte ein alter deutscher, aus dem fränkischen Recht stammender Gedanke im Gegensatz zur erbrechtlichen Universalsukzession durchgesetzt werden[1]) Der Grundsatz des Schutzes der Familie ist also bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft anders als bei dem mehr individualistischen Erbrecht besonders ausgeprägt. Dies spricht zusammen mit den schon bei der Erbfolge angeführten Gründen ganz besonders dafür, die Einrede den überlebenden Familienmitgliedern zu gewähren. Steht sie schon dem Erben als persönlichem Rechtsnachfolger grundsätzlich zu, so muß dies bei den Teilnehmern einer fortgesetzten Gütergemeinschaft erst recht gelten.

Es kann sich also in diesem Kapitel nur darum handeln, etwaige Abweichungen von den beim Erben anerkannten Grundsätzen festzustellen, die sich aus dem Wesen der fortgesetzten Gütergemeinschaft ergeben könnten.

Das Besondere bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist, daß bei ihr nur der überlebende Ehegatte persönlich haftet — § 1489 I BGB —, während die Kinder verpflichtet sind, die Befriedigung aus dem gemeinschaftlichen Vermögen wegen der Gesamtgutsverbindlichkeiten zu dulden[2]). (§§ 1488, 1489 III BGB).

Die Kinder sind nicht persönliche Schuldner[3]). Eine Einrede aber nur wegen derjenigen Umstände gewährt werden, die in der Person des persönlichen Schuldners, des überlebenden Ehegatten bestehen[4]). Es kommt also auf seine Bedürftigkeit, auf seine Vermögensverhältnisse und auf den Umfang seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten an, nicht auf die der Kinder. Sie haben zwar, wenn sie auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt werden, alle

---

[1]) RGZ 125/351 mit Zitaten.

[2]) RGZ 148/248 ff., insbes. 250.

[3]) Hellwig, Rechtskraft, S. 214 spricht von beschränkter gesamtschuldnerischer Haftung; Enneccerus-Wolff von angelehnten Gesamthandsschulden: § 64 III, 2, S. 252. Die meisten bestimmen gleich dem Text die Gesamtgutsverbindlichkeit als Schuld eines der beiden oder beider Ehegatten, deretwegen Befriedigung aus dem Gesamtgut zu dulden ist. Staudinger-Engelmann Anm. 2 zu § 1488, S. 546 und 4a zu § 1459, S. 465; Planck-Uzner, Anm. I, 1 zu § 1459, S. 391.

[4]) Für den Fall des § 1459: vgl. S. 39, N. 1 Zitierte. Das Gleiche muß für den Fall des § 1488 gelten.

die Einreden, die dem überlebenden Ehegatten zustehen, aber nur soweit sie dessen Person betreffen. Sie können z. B. geltend machen, ihre Mutter gefährde ihnen gegenüber die Erfüllung ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht. Sie können aber nicht vorbringen, daß sie selbst nicht imstande seien, das Schenkungsversprechen ohne Gefährdung ihres eigenen Unterhalts oder ihrer eigenen gesetzlichen Unterhaltspflichten zu erfüllen.

Dies entspricht dem wirtschaftlichen Grundgedanken der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten sollen die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen den Mitgliedern der Familie und zwischen der Familie und Dritten möglichst unverändert bestehen bleiben. Der Unterschied gegenüber der bisherigen Rechtslage liegt allein darin, daß die überlebende Frau an die Stelle des Mannes und die Kinder an die Stelle der Frau treten.

Die Pflichten des verstorbenen Ehegatten gehen auf den überlebenden kraft Gesetzes über und damit auch das Recht, wegen seiner eigenen Bedürftigkeit die Leistung zu verweigern.

Die Kinder müssen die Vollstreckung in das Gesamtgut in der Weise dulden, in der der persönlich nicht verpflichtete Gatte zu Lebzeiten des Verstorbenen dazu verpflichtet war. Dieser konnte sich aber auch nicht darauf berufen, daß er bedürftig war. Nur die Bedürftigkeit des persönlichen Schuldners konnte er geltend machen; denn er hat grundsätzlich alle Einreden, die diesem zustehen, also auch die des Notbedarfs[1]). Die Kinder sind auch hinreichend geschützt, wenn sie gegenüber dem Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung die Einrede erheben können, der überlebende Elternteil sei bedürftig. Im äußersten Falle können sie noch die Klage auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft erheben, wenn der überlebende Gatte seine Verpflichtung, ihnen Unterhalt zu gewähren, verletzt, und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist. § 1495 Ziffer 3 BGB.

Es läßt sich also der Satz aufstellen, daß die Einrede von allen Teilnehmern der fortgesetzten Gütergemeinschaft erhoben werden kann, daß aber ihre Voraussetzungen ausschließlich nach der Lage des überlebenden Gatten zu beurteilen sind.

Gegen dieses Ergebnis könnte vielleicht eingewendet werden, daß es die Teilnehmer an einer fortgesetzten Gütergemeinschaft unter Umständen schlechter stellt, als die Miterben bei der Erben-

---

[1]) Enneccerus-Kipp, 7. Bearb. § 64 III, 2, S. 252; Langheinecken, zit. bei Enneccerus; grundsätzlich auch Planck-Uzner, Anm. III, 4 zu § 1459, der nur dann eine Ausnahme machen will, wenn der Gläubiger eine Einrede, z. b. die der Stundung, ausdrücklich nur einem Gattenteile zugesteht. Diese Ausnahme wird zwar im allgemeinen anzuerkennen sein, wenn eine Einrede auf Parteivereinbarung beruht, wie die Einrede der Stundung, nicht aber dann, wenn sie wie die Einrede des Notbedarfs der Parteidisposition nicht unterworfen ist.

gemeinschaft. Der Beschenkte muß sich nämlich in manchen Fällen von den Miterben eine größere Kürzung gefallen lassen als von den Teilnehmern der Gütergemeinschaft, weil jeder einzelne Miterbe, also bei gesetzlicher Erbfolge alle Kinder des Erblassers, und nicht nur der überlebende Gatte, sich auf ihre Bedürftigkeit berufen können. Andererseits braucht der Gläubiger, der gegen mehrere Miterben oder einen von ihnen auf Erfüllung des Versprechens klagt, sich nicht entgegenhalten zu lassen, daß ein Miterbe, zum Beispiel die überlebende Ehefrau, besonders bedürftig sei, und daß schon für ihn allein der gesamte Nachlaß unter dem Gesichtspunkt des Notbedarfs einbehalten werden müsse. Die Bedürftigkeit jedes Miterben kann nur zu einer Leistungsverweigerung hinsichtlich eines seiner Erbquote entsprechenden Teiles des Nachlasses führen, und zwar gerechterweise gleichviel, ob der Nachlaß schon geteilt ist oder nicht.

Dieser Unterschiede ergeben sich daraus, daß bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft das beim Tode des Schenkers vorhandene Vermögen in der Hand des überlebenden Gatten fest zusammengehalten wird. Er hat das Recht der Verwaltung und Nutznießung — §§ 1487, 1443 BGB — und ist nur in den gesetzlich festgelegten Ausnahmefällen verpflichtet, sich mit den Kindern auseinanderzusetzen (§ 1495 BGB). Die Abkömmlinge können das Gesamtgut nicht zur Deckung ihres Unterhalts und ihrer sonstigen Verbindlichkeiten beanspruchen. Nur der überlebende Gatte hat während der Dauer seiner Verwaltung die nach § 519 BGB in Betracht kommen Verpflichtungen zu befriedigen. Deshalb kann es während des Bestehens der Gütergemeinschaft auch nur auf seine Verpflichtungen ankommen. Erst nach der Auseindersetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft kann es zu einer dem Falle der Miterbschaft vergleichbaren Interessenlage kommen.

Ohne Belang ist es schließlich, wie beim Erben, ob der verstorbene Ehegatte bedürftig war, und ob er die Einrede erhoben hatte.

5. Kapitel.

Die Erhebung der Einrede durch den Schuldübernehmer*).

Die Frage, ob dem Schuldübernehmer die Einrede des Notbedarfs zusteht, wird sehr verschieden beantwortet. Teils verweigert man sie ihm schlechthin[1]), teils gewährt man sie ihm bei eigener Bedürftigkeit, nicht aber bei Bedürftigkeit des Schenkers,[2]) teils gibt man sie ihm bei eigener Bedürftigkeit sowie bei Bedürftigkeit des Urschuldners dann, wenn dieser im Augenblick der Schuldübernahme bedürftig war[3]), teils schließlich stellt man darauf ab, ob dem Schuldübernehmer Rückgriffsrechte gegen den Schuldner zustehen[4]). Man kann den Versuch, diese Widersprüche zu klären, nicht unternehmen, ohne auf das Wesen der Schuldübernahme einzugehen.

Sie ist in der Form der §§ 414 ff. BGB vielen Rechten fremd, zum Beispiel dem römischen, italienischen und französischen. Indessen führte das praktische Bedürfnis für die Möglichkeit eines Schuldnerwechsels zu Auswegen. Die französische Rechtsprechung und Wissenschaft z. B. helfen nach dem Vorbilde des römischen Rechts durch die Konstruktion einer Anweisung (délégation) oder eines Vertrages zu Gunsten Dritter, einer außergesetzlichen „cession de dette"[5]). Wesentlich dabei ist, sieht man von der délégation imparfaite[6]) ab, der Gedanke der Novation: die alte Verbindlichkeit erlischt und eine neue tritt an ihre Stelle. Diese Auffassung ist der des BGB entgegengesetzt. Die romanischen Rechte gehen davon aus, daß der Gläubiger eine neue Forderung bekommen soll. Die Einreden und Einwendungen des alten Schuldners stehen seinen Ansprüchen grundsätzlich nicht entgegen[7]). Eine Ausnahme kann im praktischen Ergebnis jedoch dann bestehen, wenn eine Verpflichtung des ursprünglichen Schuldners überhaupt nicht vorlag. In diesem Falle kann der neue Schuldner seine Verpflichtung wegen Irrtums anfechten oder die Leistung wegen Mangels des rechtlichen Grundes einbehalten. Seine Einwendungen beruhen dann aber nicht auf dem Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger, sondern auf seinen eigenen Vereinbarungen mit diesem[8]).

---

*) Sofern nichts ausdrücklich vermerkt, ist von dem gesetzlichen Fall der befreienden Schuldübernahme die Rede.

[1]) Oertmann Anm. 4 zu § 519, S. 712.
[2]) Reichel, Schuldmitübernahme, S. 391.
[3]) Radicke, ArchBürgR. Bd. 32, S. 403, 4.
[4]) v. Tuhr, Strohal u. Planck-Siber wie S. 43 unter N. 1.
[5]) Planiol et Ripert Bd. 7, Nr. 1141 ff.
[6]) Planiol et Ripert Bd. 7, S. 604.
[7]) Planiol et Ripert Bd. 7, S. 475.
[8]) Planiol et Ripert Bd. 7, S. 475. Auf diesem Gebiet ist allerdings vieles streitig; vgl. Colin et Capitant Bd. 2 S. 113 gegen die dort zit. Entscheidungen der Cour de cassation; auch Zachariae-Crome Bd. 2, S. 355.

Das deutsche Recht geht hierüber hinaus. Die rechtliche Stellung des Gläubigers soll möglichst unverändert bleiben[1]). Es soll nur ein Wechsel in der Person des Schuldners eintreten. Die Verbindlichkeit bleibt bestehen und geht nach der heute durchaus herrschenden Meinung mit dem Schuldgrunde auf den neuen Schuldner über[2]) (§§ 414, 417 BGB).

Der Übernehmer ist also mit seiner eigenen Verpflichtung genau so gestellt wie der Urschuldner. Insbesondere kann er dem Beschenkten alle die Einwendungen und Einreden entgegenhalten, die sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben (§ 417 I BGB). Dagegen kann der Übernehmer aus seinen Vereinbarungen mit dem Urschuldner dem Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten (§ 417 II BGB). Ebenso stehen ihm höchstpersönliche Einreden des Urschuldners nicht zu.[3])

Im dritten Kapitel wurde bereits ausgeführt, daß die Einrede des Notbedarfs nicht höchstpersönlich ist. Aus dem Gedanken der Erhaltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit und des Schutzes der Familie wurde im Gegenteil beim Erben und beim Ehegatten der fortgesetzten Gütergemeinschaft gefolgert, daß diesen die Einrede grundsätzlich zusteht. Die gleiche Erwägung muß bei der Schuldübernahme gelten. Die für das deutsche und für das schweizerische Obligationenrecht Artikel 179 vertretene Meinung[4]), die Einrede sei dem Schuldübernehmer von vornherein abzusprechen, da es sich um die Ausübung eines höchstpersönlichen Rechtes handele, ist also abzulehnen.

Es ist vielmehr im Einzelfall zu unterscheiden, ob der gesetzgeberische Zweck der Einrede ihre Gewährung fordert oder ausschließt. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob der Übernehmer die Einrede aus eigenem Recht oder aus dem Recht des Urschuldners erhebt.

Ist nur der Schenker, nicht der Übernehmer bedürftig, so kann dieser sich aus eigenem Recht nicht auf die Einrede berufen. Sein Unterhalt und die Erfüllung der gegen ihn gerichteten gesetzlichen Unterhaltsansprüche sind nicht gefährdet.

Es kommt dann also nur in Betracht, ob er sich wegen Gefährdung des Schenkers auf die Einrede berufen darf. Der Unterhalt des Schenkers und die Ansprüche der Unterhaltsberechtigten werden durch die Leistung des Schuldübernehmers unmittelbar nicht

---

[1]) Staudinger-Werner 9. Aufl., Anm. III, lb zu § 417, S. 884.

[2]) Oertmann Anm. 1, S. 468 und dort Zitierte, gegen Strohal, Iher. Jahrb. Bd. 57, S. 231 ff. Ebenso Staudinger, 9. Aufl., Einl. 1, S. 856 und dort Zitierte; Titze, S. 97.

[3]) Köhler, Schuldübernahme, S. 24 N. 2.

[4]) Planck-Siber la zu § 417, S. 610; v. Tuhr, Allg. Teil d. Schweizerischen Obligationenrechts, S. 774; Oertmann Anm. 2 zu § 519, S. 711. v. Tuhr u. Planck-Siber wollen die Einrede allerdings gewähren, wenn der Übernehmer gegen den Schenker Regreß nehmen kann. Hierauf wird im Text noch eingegangen.

gefährdet, weil ja die Leistung aus dem Vermögen des Übernehmers, nicht des Schenkers bewirkt wird. Mittelbar könnte aber eine Gefährdung des Schenkers und seiner Familie dadurch eintreten, daß er nachträglichen Regreßansprüchen des Übernehmers ausgesetzt wäre. Eine Anzahl von Schriftstellern wollen deshalb in einem solchen Falle dem Übernehmer die Einrede des Notbedarfs zugestehen.[1])

Gegen diese Auffassung bestehen aber erhebliche Bedenken. Sie widerspricht zunächst dem Zwecke der Schuldübernahme, der darin besteht, dem Gläubiger einen wirtschaftlich leistungsfähigeren Schuldner zu verschaffen. Auf diesem Gedanken beruhen ja auch die noch öfter zu erwähnenden Vorschriften der Konkursordnung und der Vergleichsordnung[2]), nach denen ein Mitschuldner durch den Zwangsvergleich mit dem Hauptschuldner nicht teilweise befreit wird. Eine Mitschuld des Übernehmers mit dem Schenker liegt zwar nur beim Schuldbeitritt, nicht auch bei der befreienden Schuldübernahme vor. Bei dieser ist aber eine Regelung für den Fall des Zwangsvergleichs der Gläubiger mit dem ursprünglichen Schuldner nicht erforderlich, weil der Urschuldner bereits durch die Übernahme frei geworden ist. Die Forderung wird infolgedessen vom Zwangsvergleich mit dem Urschuldner gar nicht betroffen, und es ist darum selbstverständlich, daß der neue Schuldner, der am Zwangsvergleich nicht beteiligt ist, voll weiterhaftet. Gerade deshalb aber kann die Regelung der Konkursordnung und der Vergleichsordnung auch für unseren Fall entsprechend verwendet werden.

Sodann stützt sich jene Auffassung auf Tatsachen, die lediglich im Verhältnis zwischen dem Übernehmer und dem Urschuldner bestehen. Die Rechtsbeziehungen zwischen diesen beiden Personen braucht sich der Gläubiger nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift aber nicht entgegenhalten zu lassen (§ 417 II BGB). Wenn der Übernehmer in die Schuld eintritt, etwa weil ihm der Urschuldner dafür seinerseits gleichzeitig eine Schuld erläßt, einen bestimmten Betrag zahlt oder eine Sache übereignet, so würde kaum jemand auf den Gedanken kommen, aus dieser Vermögenseinbuße des Schuldners eine Einrede herzuleiten, die der Übernehmer dem Gläubiger entgegensetzen könnte. Es kann aber auch nicht anders sein, wenn der Schuldner im Wege des Rückgriffs in Anspruch genommen wird; denn seine Leistung ist dann eben die nachträgliche Bezahlung an den Übernehmer. Die Schuldübernahme hat im Verhältnis zwischen Gläubiger und Urschuldner eine ähnliche Wirkung wie eine Zahlung ohne Bargeld: der Schuldner scheidet aus und ein Dritter zahlt für ihn. Deshalb bezeichnen

---

[1]) Planck-Siber Anm. 1a zu § 417, S. 610; v. Tuhr, Allg. Teil des schweizerischen Obligationenrechts, S. 774, Note 86; Strohal Iher. Jahrb. 57, S. 329.

[2]) § 193 KO und § 82 II der Vergleichsordnung v. 26. 2. 1935.

Colin et Capitant[1]) die délégation im französischen Recht, die dort die wirtschaftlichen Zwecke der Schuldübernahme erfüllt, ganz richtig als „comparable à la monnaie", als eine Art Zahlungsmittel. Dessen Besonderheit kann dem Gläubiger aber vom Übernehmer unmöglich entgegengehalten werden. Da de lege lata die Notlage des Schuldners nicht von Amts wegen, sondern nur auf Einrede berücksichtigt wird, könnte der Gläubiger ja auch die Leistung vom Urschuldner in voller Höhe entgegennehmen. Stellt ihm der Urschuldner, um sich selbst zu befreien, einen neuen Schuldner, so kann es hierbei ebensowenig darauf ankommen, ob der Urschuldner durch seine Rechtsbeziehungen zum Übernehmer gefährdet wird, wie es hierauf ankäme, wenn der Urschuldner selbst die volle Leistung erbrächte[2]).

Im übrigen wird der Schenker nur in ganz seltenen Fällen im Wege des Rückgriffs in Anspruch genommen werden. Meistens wird es so liegen, daß der Übernehmer nur einspringt, wenn er sofort eine Gegenleistung erhält, zum Beispiel durch Verrechnung mit anderen Ansprüchen, oder aber daß er dem Schenker einen Gefallen erweist und auf Ersatz verzichtet oder doch wenigstens solange abwartet, bis sich die Vermögensverhältnisse des Schenkers hinreichend gebessert haben.

Die Unterscheidung Radickes[3]), der die Einrede des Notbedarfs dem Übernehmer gewähren will, wenn der Schenker bereits bei der Schuldübernahme bedürftig war, sie ihm aber verweigern will, wenn er erst später bedürftig wurde, ist nicht anzuerkennen. Sie verstößt gegen den Zweck der Schuldübernahme und trägt auch dem Umstande nicht Rechnung, daß der Notbedarf nur eine dilatorische Einrede begründet, daß also der Übernehmer nicht in eine bereits veränderte Schuld eintritt. Da der Urschuldner aus dem Schuldverhältnis ausscheidet und die Wirkungen seiner Bedürftigkeit im Zeitpunkt der Übernahme nicht endgültig feststehen, kann es auf seine Vermögenslage weder für die Zukunft noch für die Vergangenheit ankommen.

Eine andere Auffassung ist nur bei ausdrücklicher Parteivereinbarung möglich, nicht aber schon nach dem Gesetz[4]). Es kann natürlich vorkommen, daß der Urschuldner und der Schuldübernehmer mit dem Gläubiger über die Höhe der Schuld gesprochen haben und die Haftung des Übernehmers genau begrenzt haben. Dann braucht der Übernehmer nach dem Grundsatze der Vertragsfreiheit nicht mehr zu leisten, als vereinbart wurde.

---

[1]) Bd. 2, S. 114, 115.

[2]) Vom rechtspolitischen Standpunkt aus ist dieses Ergebnis, das der Rechtsnatur der Einrede entspringt, nicht unbedenklich. Über Vorschläge zur Abhilfe vgl. S. 60 der Arbeit.

[3]) ArchBürgR. Bd. 32, S. 404; Radicke stellt aber selbst fest, es sei „eigentümlich, daß sich die Rechtslage des Gläubigers verschlechtere". Dieses Ergebnis muß gerade vermieden werden.

[4]) Übereinstimmend Strohal, Iher. Jahrb. Bd. 57, S. 328, N. 152.

Schließlich ist noch zu prüfen, ob in den Fällen der vom Gesetz nicht geregelten kumulativen Schuldübernahme — auch Schuldbeitritt genannt — ein Unterschied gegenüber den bisherigen Ausführungen zu machen ist.

Auch der kumulative Schuldübernehmer tritt dem Schuldner grundsätzlich bei, um die Rechte des Gläubigers wirtschaftlich zu stärken. Der Gläubiger kann sich an zwei statt nur an einen einzigen Schuldner halten. Es würde also auch hier dem Zwecke des Übernahmevertrages widersprechen, wenn sich der Übernehmer auf die Bedürftigkeit des Urschuldners berufen könnte. Auf der anderen Seite gebietet es der soziale Schutzgedanke des § 519 keineswegs, die Notlage des Schenkers einem Mitschuldner zugute kommen zu lassen, der garnicht bedürftig ist[1]).

Die bisherigen Ausführungen kann man dahin zusammenfassen, daß der Schuldübernehmer sich niemals auf die Bedürftigkeit des Schenkers berufen kann[2]), und zwar gleichgültig, ob es sich um den gesetzlich geregelten Fall der befreienden Schuldübernahme oder um Schuldbeitritt handelt, gleichgültig auch, wann der Schenker bedürftig geworden ist[3]), und ob oder wann er sich auf seine Bedürftigkeit berufen hat.

Wie ist es nun, wenn der Übernehmer sich nicht auf die Bedürftigkeit des Schenkers, sondern auf seine eigene beruft? Nach dem Gesetz geht die Schuld dem Grunde nach auf den Übernehmer über (§ 414 BGB)[4]). Wie z. B. Oertmann[5]) bemerkt, wird dadurch allerdings nicht der Übernehmer zum Schenker, ebensowenig wie der Übernehmer einer Darlehnsschuld zum Empfänger des Darlehens wird. Der Sinn der gesetzlichen Regelung ist vielmehr, daß der Schuldübernehmer nicht schlechter gestellt sein soll als der Schenker. Deshalb hat er nicht nur die bereits zur Zeit der Übernahme im Verhältnis zwischen dem Urschuldner und dem Gläubiger begründeten Einreden — § 417 I BGB —, sondern auch diejenigen, die sich aus der bloßen Tatsache ergeben, daß es sich um ein Schenkungsversprechen handelt, und deren Voraussetzungen sich erst nach der Übernahme in seiner Person erfüllen[6]). Er

---

[1]) Übereinstimmend: Reichel, Schuldmitübernahme, S. 391.

[2]) Im Ergebnis übereinstimmend: Strohal, Iher. Jb. 57, 328.

[3]) Radicke, ArchBürgR. Bd. 32, S. 404 stellt auf die Lage zur Zeit des Übernahmevertrages ab.

[4]) Vgl. die Zitate, S. 42 unter Nr. 2.

[5]) Anm. 5 zu § 414, S. 470.

[6]) Übereinstimmend Reichel, Schuldmitübernahme, S. 391. Reichel stützt sich ausdrücklich auf § 414, nicht auf § 417. Diese Unterscheidung dürfte aber nicht den Ausschlag geben, da auch § 417 auf dem Grundgedanken beruht, daß die Schuld mit der causa übergeht. Da außerdem nach § 417 die zur Anwendung der Einrede erforderlichen Tatsachen bei Abschluß des Übernahmevertrages noch nicht vorzuliegen brauchen, es vielmehr genügt, wenn der Rechtsgrund für die Einrede — nämlich der Abschluß eines Schenkungsversprechens vorliegt, kommt der Unterscheidung zwischen §§

wird so behandelt wie der Schenker selbst und kann deshalb auch den gleichen sozialen Schutz für sich beanspruchen.

Zwar stellt der Übernahmevertrag zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger an sich noch keinen unentgeltlichen Leistungsaustausch dar. Die Schuldübernahme ist im Gegensatz zur Bürgschaft ein abstraktes Rechtsgeschäft[1]): sie ist dem Beschenkten gegenüber nicht Schenkung, sondern ein Verfügungsgeschäft, ebenso wie die Abtretung. Es kommt jedoch auf die Rechtsnatur des Übernahmeaktes nicht an. Wie schon im zweiten Kapitel ausgeführt, ist für die Einrede des Notbedarfs nicht enscheidend, ob der Schuldner selbst dem Gläubiger etwas geschenkt hat, sondern die Frage, ob bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses die besondere Gefahrenlage des § 519 BGB entstehen kann. Dies ist aber im Verhältnis zwischen Gläubiger und dem Übernehmer zu bejahen; denn auch der Übernehmer ist dem Gläubiger gegenüber wirtschaftlich einseitig belastet: er muß leisten, ohne dafür etwas zu bekommen.

Allerdings kann dem abstrakten Übernahmevertrag auch im Verhältnis zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger ein kausales Verhältnis zugrunde liegen, z. B. eine entgeltliche Verpflichtung, den Gläubiger auf alle Fälle zu befriedigen. Dann kann ausnahmsweise diese besondere Abrede die Einrede des Notbedarfs ausschließen[2]). In aller Regel aber wird das kausale Verhältnis zwischen dem Schenker und dem Übernehmer bestehen. Es könnte dann daraut hingewiesen werden, daß dieses Verhältnis im Einzelfalle möglicherweise entgeltlich sei. Der Übernehmer, dem der Schenker z. B. als Gegenleistung für die Schuldübernahme eine Schuld erlasse, bringe bei dieser Betrachtung kein einseitiges wirtschaftliches Opfer und übernehme die Schuld auf Grund eines entgeltlichen Geschäftes[3]). Das Schenkungsrecht sei darum nicht anwendbar. Diese Überlegung würde aber gegen den Grundsatz des § 417 II BGB verstoßen. Der Schuldübernehmer kann sich nicht im Wege der Einrede oder Einwendung auf seine Rechtsbeziehungen zu dem Urschuldner berufen. Dieser Rechtssatz muß umgekehrt das Ergebnis haben, daß ihm Einreden gegen den Gläubiger nicht wegen der Rechtsbeziehungen zwischen dem Über-

---

414, 417 grundsätzliche Bedeutung nicht zu. Vgl. auch Radicke, ArchBürgR. Bd. 32, S. 403, 4; Staudinger-Werner, 9. Aufl., Anm. 1b zu § 417, S. 884.

[1]) herrsch. Meinung: Zitate bei Oertmann, S. 470, Anm. 5.

[2]) Wie umgekehrt der Übernehmer bei einem Mangel des Kausalverhältnisses dem Anspruch aus der Schuldübernahme die Bereicherungseinrede entgegenhalten kann. RGRK Anm. 1 zu § 417 S. 667.

[3]) Diesen Fall führt Strohal, Iher. Jahrb. Bd. 57, S. 328, Note 150 an, um Reichel zu widerlegen, der wie Verfasser von der Sukzessionstheorie ausgehend, dem Übernehmer die Einrede bei eigener Bedürftigkeit gewährt.

nehmer und dem Urschuldner abgeschnitten werden können[1]). Der Gläubiger kann also dem Übernehmer nicht entgegenhalten, daß im Verhältnis zum Urschuldner keine Schenkung vorliege.

Schließlich ist bei dem Notbedarf des Übernehmers ebensowenig wie bei dem des Urschuldners ein Unterschied zwischen befreiender und kumulativer Schuldübernahme zu machen. In beiden Fällen haftet der Übernehmer aus dem Rechtsgrunde der Schenkung und soll nicht schlechter gestellt sein als der Schenker[2]).

Diese Darlegungen führen zu folgendem Endergebnis:

Der Übernehmer kann sich auf seine eigene Bedürftigkeit stets berufen, ohne daß es darauf ankommt, welches seine Rechtsbeziehungen zum Urschuldner sind, insbesondere ob er von diesem ein Entgelt erhalten hat.

Auf die Bedürftigkeit des Schenkers kann sich dagegen der Übernehmer nie berufen, weil dies dem Zwecke der Schuldübernahme, die Ansprüche des Gläubigers wirtschaftlich zu bestärken, widerspräche.

---

[1]) Ebenso Oertmann, Anm. 3a Abs. 1 zu § 417 S. 483 und dort zitiert Crome.

[2]) Dieser Grundsatz kommt bei der Gesamtschuld, die ja durch die kumulative Schuldübernahme begründet wird, im französischen Recht besonders deutlich zum Ausdruck. Artikel 1208 code civil bestimmt: „Le codébiteur..... peut opposer toutes les exceptions qui resultent de la nature de l'obligation et toutes celles qui lui sont personelles, ainsi que celles, qui sont communes à tous les codébiteurs. Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personelles à quelques—uns des autres codébiteurs." — Daraus folgt, daß der Schuldmitübernehmer alle Rechtsbehelfe hat, die aus der Rechtsnatur der Verbindlichkeit folgen. Höchstpersönliche Rechte hat er zwar nicht, sofern sie allein in der Person anderer Gesamtschuldner bestehen. Die Einrede des Notbedarfs nach deutschem Recht ist nicht höchstpersönlich; dennoch ist das Ergebnis das gleiche: auf die Bedürftigkeit eines anderen kann sich der Übernehmer nie berufen, auf die eigene stets.

6. Kapitel.

Die Einrede in den Fällen der Bürgschaft und des Garantievertrages.

Die Verbindlichkeit aus einer Bürgschaft hat einen eigenen Grund: das Einstehen für eine fremde Schuld zu dem Zwecke, dem Hauptschuldner zu helfen. Die Bestellung der Bürgschaft ist kausal, nicht abstrakt wie der Vertrag zwischen Schuldübernehmer und Gläubiger.

Die Verpflichtung des Bürger wird dann besonders bedeutsam, wenn das Vermögen des Hauptschuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht.

Hierauf beruht es, wenn das Österreichische aBGB im § 1354 anordnet, daß der Bürge sich auf solche Einwendungen nicht berufen darf, die ihren Grund in der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners haben[1]). Die Bestimmung lautet: „Von der Einwendung, wodurch ein Schuldner nach Vorschrift der Gesetze die Beibehaltung eines Teiles seines Vermögens zu seinem Unterhalte zu fordern berechtigt ist, kann der Bürge nicht Gebrauch machen."

Dieser Artikel erweitert allerdings nach der Ansicht des führenden Erläuterungswerks[2]) die Bürgenschuld nicht inhaltlich gegenüber der Hauptschuld, sondern schafft nur ein Vorrecht bei der Zwangsvollstreckung. Er geht von den aufgehobenen Vorschriften der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1781 — §§ 362, 363 — aus, die dem zahlungsunfähigen Schuldner in bestimmten Fällen das Recht gaben, gegen Abtretung seines ganzen Vermögens an seine Gläubiger den notdürftigen Unterhalt zu begehren. Weil diese Rechtswohltat dem Schuldner nur seiner persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse wegen zustand, sollte sie dem Bürgen nicht eingeräumt werden. Man kann ihr aber den allgemeinen Grundsatz entnehmen, daß Haftungsbeschränkungen irgendwelcher Art, die das Vermögen des Hauptschuldners dem Zugriffe der Gläubiger entziehen, dem Bürgen nicht zugute kommen. Infolgedessen zählt die österreichische Wissenschaft zu den Einwendungen im Sinne des § 1354 auch unsere Einrede des Notbedarfs[3]).

Die Begründung, das beneficium compentiae sei eine persönliche Einrede, ist allerdings nicht anzuerkennen. Der Notbedarf des Schenkers führt, wie schon mehrfach betont, nur da zu einem höchstpersönlichen Recht, wo eine Rechtsordnung wie die französische und italienische in dem Verhalten des Beschenkten einen Undank erblicken. Im österreichischen Recht beruht die Rechtswohltat nicht auf dem Undank des Beschenkten, sondern ähnlich wie im deutschen auf dem Gedanken, daß der Schuldner

[1]) Klang Anm. 2 zu § 1354 S. 225.
[2]) Klang Anm. 1 u. 2 zu § 1354 S. 225.
[3]) Hasenöhrl, Bd. 2 S. 264, N. 21.

durch eine unentgeltliche Leistung nicht um seinen Unterhalt gebracht werden darf. Deshalb wird auf den Schuldner Rücksicht genommen, wenn er sich in dürftiger Lage befindet. Der Bürge hingegen soll in diesem Falle gerade zur Unterstützung des Hauptschuldners einspringen und den Gläubiger gegen die Vermögensunzulänglichkeit des Schenkers schützen. Darum ist den Schriftstellern zuzustimmen, die über den Wortlaut des § 1354 hinausgehend, dem Bürgen unter Berufung auf diese Vorschrift das beneficium schlechthin absprechen[1]).

Dieser Gedanke ist auch für das Recht des BGB anzuwenden: Der Zweck einer Bürgschaft würde in das Gegenteil verkehrt, wollte man dem Bürgen eine Einrede aus dem Grunde zugestehen, daß der Hauptschuldner bedürftig ist[2]). Nach der hier vertretenen Auffassung ist es nicht einmal erforderlich, den § 157 BGB[3]) oder die Einrede der Arglist aus § 242 BGB[4]) heranzuziehen, um dem Bürgen die Einrede abzusprechen. Es widerspräche schon dem Sinne der Bürgschaft als Rechtsinstitut, wollte man dem Bürgen die Berufung auf die Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners zugestehen. Dieser Grundsatz findet seinen Ausdruck besonders darin, daß der Bürge sich nicht auf den Zwangsvergleich zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger — § 193 KO, § 82 Vergleichsordnung — sowie nicht auf die beschränkte Erbenhaftung berufen kann — § 768 II BGB —. Er ist über diese Einzelfälle hinaus anzuerkennen.

Zwar ist die Verpflichtung des Bürgen abhängig von der Hauptschuld, akzessorisch. Dies gilt aber bei der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners nicht, weil auch die Akzessorietät der Bürgschaft nicht zur Aufhebung ihres Zweckes führen darf.

Für das schweizerische Recht verficht Tobler[5]) auch hinsichtlich der Einrede des Notbedarfs den strengen Grundsatz der Akzessorietät der Bürgschaft. Er gewährt dem Bürgen die Einrede. Wenn auch nach seiner Auffassung eine Bürgschaft für ein Schenkungsversprechen praktisch bedeutungslos ist, so ist doch eine Ansicht, die dem wirtschaftlichen Zwecke der rechtlichen Vorgänge nicht gerecht wird, nicht haltbar.

Weiter ist das Bedenken erhoben worden[6]), das Opfer der ungekürzten Leistung des Bürgen falle auf den bedürftigen Schenker zurück, wenn der Bürge nachträglich gegen ihn Regreß nehme. Diese Begründung schlägt aber nicht durch, weil der Bürge sich alle Einreden des Hauptschuldners entgegenhalten lassen muß,

---

[1]) Kirchstetter, S. 591; Krasnopolski Bd. 3, S. 241.
[2]) Oertmann Anm. 4a zu § 519, S. 712; RGRK Anm 3 zu § 519, S. 139; Staudinger-Kober 10. Aufl., Anm. 9 zu § 519, S 385.
[3]) Reichel, Schuldmitübernahme, S. 429.
[4]) Radicke, ArchBürgR. Bd. 32, S. 401.
[5]) Schutz des Bürgen, S. 67.
[6]) v. Tuhr, zitiert bei Tobler, Schutz des Bürgen, S. 66, 67.

wenn er den gesetzlichen Übergang der Ansprüche nach § 774 BGB geltend macht (§§ 412, 398, 404 BGB)[1]).

Dem Bürgen ist also die Einrede des Notbedarfs bei Bedürftigkeit des Schenkers zu verweigern.

Es ist aber noch die Frage zu beantworten, ob der Bürge sich auf seine eigene Bedürftigkeit berufen kann. Dieses Recht hat er nicht. Er haftet nicht aus dem Rechtsgrunde der Schenkung und hat daher auch nicht die rechtlichen Vorteile eines Schenkers. Rechtsgrund seiner Verbindlichkeit ist vielmehr die besondere causa der Bürgschaft, dem Hauptschuldner zu helfen.

Es kann allerdings sein, daß die Übernahme der Bürgschaft sich als eine Schenkung gegenüber dem Gläubiger darstellt.[2]) Wenn z. B. die gesicherte Forderung weder in der Gegenwart, noch in der Zukunft einen Vermögenswert für den Gläubiger hatte, wird man eine unentgeltliche Zuwendung an den Gläubiger annehmen können, der wirtschaftlich betrachtet seine Forderung bereits verloren hatte. Es kann sich hierbei aber stets nur um Ausnahmefälle handeln, in denen dem Bürgen in seiner Eigenschaft als Schenker die Einrede des Notbedarfs zuzugestehen ist.

Der Schuldner aus einem Garantievertrag schließlich steht für den Erfolg ein, daß der Schenker die Leistung erbringt und zwar auch dann, wenn er nicht leistungsfähig ist. Wie schon dem Bürgen, so kann dem Garanten, der dem Gläubiger eine besondere hohe Sicherheit bieten will, die Einrede des Notbedarfs erst recht nicht zugestanden werden.

---

[1]) Der ungarische Gesetzesentwurf für ein Bürgerliches Gesetzbuch aus dem Jahre 1914 bestimmt in § 979 Abs. 2 darüber hinaus noch folgendes: „Forderungen und Einwendungen, die auf Grund des Rechtsverhältnisses zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen geltend gemacht werden können, bleiben unberührt." Es ist wohl selbstverständlich, daß auch bei einer Schenkung im Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen abgesehen von den gesetzlichen Rechtsbehelfen besondere vertragliche Abreden Geltung haben. Man wird aber annehmen müssen, daß der Schenker dem Bürgen gegenüber für den Fall des Rückgriffs nicht im voraus auf die Einrede des Notbedarfs verzichten kann.

[2]) Soergel, Bd. 2, Anm. 7 zu § 516 BGB, S. 89; auch LG Darmstadt, Hess. Rechtspr. 1912, S. 5.

7. Kapitel.

Die Geltung der Einrede beim Pfandgeber.

Sind Schuldner und Verpfänder dieselbe Person, so kann der Schenker dem Pfandgläubiger bei der Geltendmachung des Pfandes die gleichen Einreden entgegenhalten, wie bei der Geltendmachung der persönlichen Forderung. Die Pfandhaftung ist akzessorisch, sie kann nicht weitergehen als die persönliche Schuld (§ 1211 BGB). Der Schuldner bestellt zwar das Pfand „zur Sicherung" der Forderung — § 1204 BGB — und bietet damit dem Gläubiger ähnlich dem Bürgen Schutz gegen Vermögensunzulänglichkeit. Es käme aber praktisch einem vorherigen Verzicht auf die Einrede des Notbedarfs gleich, wenn der persönliche Schuldner dem Beschenkten das Pfand auch für den Fall bestellen wollte, daß er bedürftig ist. Der Gläubiger könnte dann seine Ansprüche aus dem Schenkungsversprechen ohne Rücksicht auf die Bedürftigkeit des Hauptschuldners durchsetzen. Dieses Ergebnis darf nicht eintreten; denn es widerspräche dem sozialen Schutzgedanken in gleicher Weise wie ein vorheriger Verzicht auf die Einrede. Deshalb kann der Verpfänder, der zugleich persönlicher Schuldner ist, dem Anspruche des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande die Einrede des Notbedarfs entgegenhalten.

Verpfänder und persönlicher Schuldner können aber auch verschiedene Personen sein. Dann entsteht die Frage, ob das Gleiche zu gelten hat wie beim Zusammenfallen von persönlichem Schuldner und Verpfänder, oder ob vielmehr wie beim Bürgen die Erwägung ausschlaggebend ist, daß der Drittverpfänder gerade für die Vermögensunzulänglichkeit des persönlichen Schuldners mit dem Pfande einstehen soll.

Die Frage liegt insofern anders als beim Bürgen, als der Verpfänder dem Gläubiger nichts schuldet, sondern ihm nur mit dem Pfande haftet. Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß der Verpfänder niemals ein der Einrede der Vorausklage aus § 771 BGB gleichbedeutendes beneficium excussionis hat. Der Gläubiger hat also stets die Möglichkeit, sich sofort nach Eintritt der Fälligkeit aus dem Pfande zu befriedigen. Das Pfand dient dem Gläubiger nicht allein zum Schutze gegen Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners, sondern auch seinem Interesse an beschleunigter Erfüllung. Es ist eine Art Druckmittel.

Diese Unterschiede können aber nur dann zu einem anderen Ergebnis als beim Bürgen, dem die Einrede des Notbedarfs versagt wurde, führen, wenn sie von grundsätzlicher Bedeutung sind. Der deutsche Gesetzgeber hat das Problem, wie sich die Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners auf die angelehnten Verpflichtungen auswirkt, in den schon angeführten §§ 193 Satz 2 Konkursordnung und 82 Abs. II der neuen Vergleichsordnung beim Zwangsvergleich dahin geregelt, daß sich Bürgen, Mitschuldner und Verpfänder auf die Herabsetzung der Verbindlich-

keit des Hauptschuldners nicht berufen können. Der Gedanke der Akzessorietät ist hier aut Grund der Erwägung durchbrochen worden, daß es dem Sinne dieser Hilfsverträge widerspräche, wollte man dem Bürgen, dem Mitschuldner oder dem Verpfänder für fremde Schuld die Wirkungen der schlechten Vermögenslage des Schuldners zugute kommen lassen. Dem Verpfänder ist also ebensowenig wie dem Schuldübernehmer und dem Bürgen das Recht zuzugestehen, sich auf die Bedürftigkeit des Haupt- (Ur-) schuldners zu berufen[1]).

In diesem Zusammenhange sei auch auf die Systematik des Allgemeinen Österreichischen Gesetzbuches hingewiesen. Es behandelt im ersten Hauptstücke des dritten Teiles den Pfandvertrag als Mittel „der Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten" und bringt ihn in Zusammenhang mit der Bürgschaft[2]). Sofern es sich um die Verpfändung durch den Schuldner selbst handelt, erscheint dies als ein gewisser systematischer Widerspruch, wie Klang bemerkt; hingegen bestehe ein innerer Zusammenhang bei der gerade zur Sprache stehenden Verpfändung für fremde Schuld[3]). Deshalb können für den Verpfänder, der durch die Hergabe des Pfandes die Verbindlichkeit eines anderen sichert, bei Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners keine anderen Grundsätze gelten als beim Bürgen.

Schließlich ist auch folgendes zu erwägen. Der Bürge hat nach § 772 Abs. 2 S. 1 BGB das Recht, den Gläubiger zunächst auf ein für die Forderung bestelltes Pfand zu verweisen — beneficium excussionis realis. — Es wäre eigenartig, wenn der Bürge bei Bedürftigkeit des Schenkers an erster Stelle leisten müßte und der Verpfänder andererseits sich voll von der Leistung befreien könnte. Der Bürge würde nach der hier abgelehnten Auffassung nicht nur des Vorrechtes, zeitlich nach dem Verpfänder in Anspruch genommen zu werden, beraubt, sondern auch seines Ausgleichsanspruchs gegen den Verpfänder. Diesen Ausgleichsanspruch hat aber der Verpfänder gegen den Bürgen und umgekehrt der Bürge gegen den Verpfänder, weil sie aus einem gleichen Rechtsgrunde zur Hilfeleistung für den Hauptschuldner verpflichtet sind. Aus diesem Grunde sind sie auch bei der Einrede des Notbedarfs gleich zu behandeln: beiden ist die Einrede zu versagen.

---

[1]) Ebenso: Planck, 4. Aufl., Anm. 2 zu § 1211, S. 1176; 5. A. S. 1440.

[2]) § 1343 aBGB: „Die rechtlichen Arten der Sicherstellung einer Verbindlichkeit und der Befestigung eines Rechtes, ... sind: die Verpflichtung eines Dritten für den Schuldner, und die Verpfändung."

[3]) Vorbem. 1 zu § 1368—1374 aBGB, S. 254. Beide Rechtsgeschäfte seien Fälle der Interzession.

8. Kapitel.

Der Fall der Vermögensübernahme.

Die Vermögensübernahme läßt kraft Gesetzes dieselben Wirkungen eintreten, die bei einer kumulativen Schuldübernahme entstehen[1]). Die Gläubiger sollen dagegen geschützt werden, daß der Schuldner sich der Zwangsvollstreckung entzieht, indem er sich seines gesamten Vermögens entledigt. Von der Schuldübernahme unterscheidet sich die Vermögensübernahme dadurch, daß sie nicht durch Vereinbarung, sondern zwingend kraft Gesetzes die Haftung des Übernehmers begründet (§ 419 III BGB), von der Erbfolge dadurch, daß sie nicht Gesamtrechtsnachfolge ist und daß der Schuldübernehmer stets nur mit dem übernommenen Vermögen haftet und die Beschränkung seiner Haftung nicht verlieren kann. Er braucht sich nur im Prozeß auf seine beschränkte Haftung berufen.

Der Vermögensübernehmer tritt in das Schuldverhältnis so ein, wie es bei der Übernahme besteht. Er kann deshalb alle Einwendungen und Einreden geltend machen, die dem Urschuldner zustehen[2]). Maßgebender Zeitpunkt für die Wirkungen der Schuldübernahme ist der Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber. Bei der Prüfung der Frage, ob der Übernehmer sich auf die Einrede des Notbedarfs berufen kann, ist einmal der Zweck der Einrede in Rechnung zu stellen, sodann aber vor allem an dem Grundgedanken festzuhalten, daß die Stellung des Gläubigers durch die Vermögensübernahme nicht verschlechtert werden darf. Die Vermögensübernahme begründet eine gegenständlich beschränkte Schuld. Der wirtschaftliche Zweck ist nicht wie bei dem vertraglichen Schuldbeitritt eine Verstärkung der Rechte des Gläubigers, sondern ihre Erhaltung in demjenigen wirtschaftlichen Werte, der sich zur Zeit der Vermögensübernahme aus den Vollstreckungsmöglichkeiten des Gläubigers ergibt. Es soll so angesehen werden, als ob das veräußerte Vermögen noch im Eigentum des Schuldners stände[3]). Deshalb ist bei der Einrede des Notbedarfs in erster Linie von den Vermögensverhältnissen und den Verpflichtungen des Veräußerers auszugehen, weil sie ohne die Veräußerung den Ausschlag gegeben hätten. Der Vermögensübernehmer braucht nicht mehr zu leisten als der Schenker selbst. Berechnungsmaßstab sind dabei die Verhältnisse unmittelbar vor der Übernahme. Der Übernehmer kann sich nicht darauf berufen, daß der Veräußerer infolge der Übernahme bedürftig geworden ist, sondern nur darauf, daß er es ohnehin schon war.

Einen Unterschied wird man indessen auch dann nicht machen, wenn der Schenker erst nach der Vermögensübernahme durch Umstände, die nicht auf der Veräußerung seines Vermögens be-

[1]) Staudinger-Werner, 9. Aufl., Anm. II, 1 zu § 419, S. 890.
[2]) Staudinger-Werner, 9. Aufl., Anm. II, 2a zu § 419, S. 890
[3]) OLG Frankfurt, Recht 09, Nr. 3324. Auch Bibergeil, Rechtsfragen der Praxis, Bd. 44, S. 27.

ruhen, z. B. durch Sinken seines Arbeitsverdienstes oder durch Familienzuwachs, bedürftig wird. Zwar schuldet der Übernehmer dem Gläubiger aus den Mitteln des übernommenen Vermögens Befriedigung für seine Ansprüche, so wie sie beim Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages bestanden. Bei der Einrede des Notbedarfs sind aber auch spätere Veränderungen zu beachten. Wie die Einrede einerseits durch eine Verbesserung der Verhältnisse des Schenkers ihre Kraft verlieren kann, so ist es umgekehrt möglich, daß sie erst nach der Vermögensübernahme durch eine nachteilige Veränderung der Verhältnisse des Hauptschuldners begründet wird. Auch hieraut kann sich der Vermögensübernehmer berufen. Der Gläubiger soll im wirtschaftlichen Ergebnis, ähnlich wie bei der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz, so gestellt werden, als sei der Schenker noch Eigentümer. Deshalb kommt es stets auf die Vermögenslage des ursprünglichen Schuldners an.

Ist der Vermögensübernehmer selbst bedürftig, so könnte man wie beim Erben und beim Schuldübernehmer daran denken, ihm die Einrede des Notbedarfs zu gewähren, weil auch er aus dem Rechtsgrunde der Schenkung schuldet.

Indessen besteht ein Bedenken.

Würde man auch dem Vermögensübernehmer die Einrede gewähren, so hätte das zur Folge, daß er sich zum Nachteil des Beschenkten zwecks Deckung seines eigenen Unterhalts und des Unterhalts seiner Familie aus dem übernommenen Vermögen vorweg befriedigen könnte. Er brauchte nicht einmal die Bedürftigkeitseinrede nach § 419 II Satz 2 BGB zu erheben und das übernommene Vermögen herauszugeben, sondern könnte von vornherein jeden Anspruch abwehren. Dieses Ergebnis ist mit dem Gedanken des Gläubigerschutzes nicht vereinbar.

Der Vermögensübernehmer bedart auch in Ansehung unserer Einrede nicht des gleichen Schutzes wie der Erbe und der Schuldübernehmer, die grundsätzlich unbeschränkt, der Erbe freilich mit der Möglichkeit der Beschränkung aut den Nachlaß, haften. Der Vermögensübernehmer braucht nur aus dem übernommenen Vermögen zu leisten. Er hat weiter nichts zu tun, als sich die Beschränkung seiner Haftung im Prozesse vorzubehalten, hat aber nicht die Verpflichtung, bestimmte Handlungen vorzunehmen, um sich wie der Erbe die Möglichkeit der Beschränkung zu erhalten.

In der Praxis wird zu beachten sein, daß die Vermögensübernahme besonders häufig bei der Guts- und Hofesübernahme vorliegt. Die Rentenverpflichtungen sowie die Verpflichtungen zu wiederkehrenden Naturalleistungen, die hierbei gewöhnlich übergehen, werden aber meist nicht Schenkungen, sondern Dienstentlohnung sein und deswegen nicht unter § 519 fallen. Auch wird oft eine ausdrückliche vertragliche Schuldübernahme vorliegen. Diese und die für sie entwickelten Regeln gehen dann dem gesetzlichen Schuldübergang vor, weil der vertragliche Schuldübernehmer mit seinem ganzen Vermögen haftet. Eine Ausnahme wird man höchstens dann machen, wenn der Gläubiger sich ausdrücklich aut den gesetzlichen Schuldübergang stützt, was ihm freisteht.

9. Kapitel.

Schutz der Gläubiger.

Die Gläubiger des Schenkers können ein Interesse daran haben, zu verhindern, daß ihr Schuldner sich durch die Erfüllung von Schenkungsversprechen seiner Mittel entblößt und ihnen den Zugriff erschwert. Im französischen[1]) und im ungarischen[2]) Rechte wird deshalb die Frage erörtert, ob ein Gläubiger des Schenkers sich auf dessen Bedürftigkeit berufen kann.

Der Widerruf wegen Verweigerung des Unterhalts nach dem code cicil ist eine rein persönliche Angelegenheit des Schenkers. Der Beschenkte hat ihn durch seine Undankbarkeit gekränkt. Dieses Unrecht kann nur der Schenker selbst oder der Erbe als Fortsetzer seiner Person rächen. Der Gläubiger, der wirtschaftliche Ziele verfolgt, kann die Beleidigung nicht sühnen[3]). Im deutschen Recht gibt aber nicht der Verstoß gegen eine Anstands- oder Dankespflicht den Ausschlag, sondern die Gefährdung der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Schuldners und seiner Familie. Auf Grund der Gedankengänge des französischen Rechts kann also die Einrede dem Gläubiger nach dem BGB nicht ohne weiteres versagt werden.

Im ungarischen Recht können Gläubiger aus entgeltlichen und bevorrechtigten unentgeltlichen Verpflichtungen[4]) dem Beschenkten gegenüber geltend machen, daß der Schuldner unfähig sei, seinen Verpflichtungen Genüge zu leisten. Es handelt sich hier um eine Sonderbestimmung, die den Schutz der Gläubiger gegen die Freigebigkeit des Schenkers gewährleisten soll.

Die Einrede des Notbedarts im deutschen Recht bezweckt aber nicht den Schutz der Gläubiger, sondern den des Schuldners und seiner Familie gegen wirtschaftlichen Ruin. Zwar gehört dazu auch, daß der Schuldner seine Gläubiger weiter befriedigen kann und sich nicht pfänden zu lassen braucht. Dieser Schutz liegt aber nur in seinem eigenen Interesse und in dem der Unterhaltsberechtigten, nicht in dem der Gläubiger. Überdies ist der Schutz der Unterhaltsberechtigten nur mittelbar: er ist davon abhängig, daß der Schuldner die Einrede des Notbedarfs erhebt[5]). Ein unmittelbarer, vom Willen des Schuldners unabhängiger Schutz der Unterhaltsberechtigten würde voraussetzen, daß die Gefährdung der Unterhaltsansprüche von Amtswegen berücksichtigt oder daß den Unterhaltsberechtigten ein Anspruch auf Ergänzung ihres Unterhalts gegen den Beschenkten gewährt würde, falls ihre An-

---

[1]) Planiol et Ripert, Bd. 5, S. 526.

[2]) Almasi, Bd. 2, S. 195.

[3]) Art. 1166 code civil: Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de celles qui sont exclusivement attachées à la personne. Baudry-Lacantinerie, Bd. 3, S. 575.

[4]) Vgl. S. 11 — 12 der vorliegenden Arbeit.

[5]) Vgl. S. 25 der Arbeit.

sprüche vom Schenker nicht befriedigt werden können, weil seine Mittel durch die Erfüllung des Schenkungsversprechens erschöpft sind. Dies ist de lege ferenda auch zu erstreben. Nach dem geltenden Recht besteht jedoch, wie bereits dargelegt, nur ein Einrederecht des jeweiligen Schuldners.

Die Gläubiger sind aber gegen allzu große Freigebigkeit des Schenkers selbst dann weitgehend geschützt, wenn man ihnen die Erhebung der Einrede des Notbedarfs nicht zugesteht. Im Konkurse des Schenkers rechnen die Gläubiger aus einer Freigebigkeit nicht zu den Konkursgläubigern (§ 63 Ziffer 4 KO)[1]). Hatte der Versprechensempfänger schon vor der Konkurseröffnung Befriedigung erlangt, so können die Konkursgläubiger gegebenenfalls mit der Anfechtungsklage gegen ihn vorgehen[2]); die anfechtbare Rechtshandlung liegt dann aber in aller Regel nicht schon in dem Abschluß des Schenkungsversprechens, sondern in dem Hinzukommen der Erfüllung. Nur wenn der Beschenkte sich gegen den Willen des Schenkers, etwa durch Aufrechnung, befriedigt hat, wird aus Billigkeitsgründen auch die Anfechtung des Schenkungsversprechens für sich allein zuzulassen sein, weil man sonst zu dem Ergebnis käme, daß die Anfechtung wegen Fehlens einer Rechtshandlung des Schuldners überhaupt nicht möglich ist.[3]) Da der Beschenkte aber auch in diesem Falle bereits Befriedigung — wenn auch gegen den Willen des Schuldners — erlangt hat, besteht im Konkurse des Schenkers kein Bedürfnis, den Gläubigern die Erhebung der Einrede des Notbedarfs, die ein nicht erfülltes Versprechen voraussetzt, zu gewähren.

Außerhalb des Konkursverfahrens ist die Lage insofern anders, als der Versprechensempfänger seine Ansprüche gegen den Schenker verfolgen kann und nicht durch eine Bestimmung wie § 63 Ziffer 4 KO daran gehindert ist. Erlangt er aber Befriedigung, so kann ein benachteiligter Gläubiger unter den Voraussetzungen der §§ 2, 3 Ziffer 1, 3 und 4 des Anfechtungsgesetzes die Erfüllung, die mit der Abgabe des Schenkungsversprechens in der Regel als Einheit zu betrachten ist[4]), anfechten, Duldung der Zwangsvollstreckung in die weggegebenen Vermögensgegenstände verlangen und sich so noch nachträglich gegen die Freigebigkeit des Schuldners schützen.

---

[1]) Deshalb fehlt auch das Anfechtungsbedürfnis für die in bloßen Rahmen der Verpflichtung liegende Freigebigkeit, Jaeger Anm. 3 zu § 32 KO, S. 636, und Anm. 13 zu § 63 KO., S. 207.

[2]) §§ 32, 33 KO. Auf Einzelheiten braucht hier nicht eingegangen zu werden.

[3]) Jaeger, Anm. 3 zu § 32 KO, S. 635 mit Zitaten.

[4]) Über den Ausnahmefall, daß das Schenkungsversprechen allein anfechtbar ist, vergleiche vorhin die Ausführungen über die Anfechtung im Konkurse und Jaeger, Gläubigeranfechtung, Anm. 48 zu § 3 Anfechtungsgesetz, S. 195, 196.

10. Kapitel.

Vorschläge für die künftige deutsche Gesetzgebung.

Die erste Frage für den deutschen Gesetzgeber ist die, ob die Einrede des Notbedarfs überhaupt beizubehalten ist. Noch in den Gesetzesmaterialien zum BGB wird die Ansicht vertreten, es handele sich um eine bedenkliche Rechtsinstitution, die in der Praxis zu großen Weitläufigkeiten führe, sich mit den allgemeinen Grundsätzen wenig vertrage, auch bei der Milde der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung ihre Berechtigung verloren habe und unter Umständen zu großen Härten und Unbilligkeiten gegenüber dem Beschenkten führen könne[1]).

Diese Auffassung ist nach nationalsozialistischen Grundsätzen nicht anzuerkennen. Wie in allen Kulturstaaten dem Notbedarf des Schenkers in irgendeiner Form Rechnung getragen wird, so muß es auch im neuen deutschen Recht geschehen. Der soziale Schutzgedanke ist dabei ganz besonders hervorzuheben und auszubauen. Er muß nach wie vor seine Berücksichtigung schon nach materiellem Recht im Rechtsstreite und nicht etwa erst in der Zwangsvollstreckung finden.

Die neue deutsche Gesetzgebung stellt ganz besonders auf die Erhaltung der Familie ab. Das Eigentum ist gegenüber Volk und Familie gebunden. Hierauf beruht das Erbhofgesetz. Im Erbrecht erklärt das Gesetz über die Errichtung von Erbverträgen und Testamenten vom 31. 7. 1938 — RGBl. I, S. 379 — in § 48 II eine Verfügung von Todes wegen insoweit für nichtig, als sie in einer gesunden Volksempfinden gröblichst widersprechenden Weise gegen die Rücksichten verstößt, die ein verantwortungsbewußter Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat. Auf dem Gebiete des Vollstreckungsrechts schreibt die Verordnung betr. Ergänzung der Vorschriften über die Pfändung der Arbeitsvergütung vom 7. 4. 1938 — RGBl. I, S. 378 — zur Sicherung des Unterhalts der Familie vor, daß dem Schuldner auf Antrag auch der nach § 850 b ZPO pfändbare Teil der Bezüge soweit belassen werden kann, als dies mit Rücksicht auf den besonderen Umfang der gesetzlichen Unterhaltspflichten des Schuldners geboten erscheint und überwiegende Belange des Gläubigers nicht entgegenstehen. Diese Bestimmung zeigt das Bestreben, die Gläubigerinteressen sogar bei entgeltlichen Geschäften dem staatspolitischen Interesse an der Erhaltung der Familie unterzuordnen.

Der gleiche Leitgedanke muß auch bei der Einrede des Notbedarfs schärfer als im bisherigen Rechte zum Ausdruck kommen. Es ist insbesondere zu erwägen, ob nicht auch den Familienmitgliedern bestimmte Rechte zuzugestehen sind, wenn der Schuldner

---

[1]) Motive II, 298 ff. Dagegen mit Schärfe: Otto v. Gierke, Der Entwurf, S. 224, 225. Auch Reatz, Gutachten, S. 209/11, 230; der für die Ungültigkeit von Schenkungen, durch die Unterhaltsansprüche beeinträchtigt werden, eintritt.

durch die Erfüllung des Schenkungsversprechens ihnen den Unterhalt verkürzt. Der bereits erwähnte § 950 aBGB[1]) könnte hierbei als Vorbild dienen.

Darüber hinaus ist zu überlegen, ob nicht die Notlage des Schuldners stets von Amtswegen beachtet werden müßte. Nicht nur der Schuldner, sondern auch Staat, Gemeinde und Familie haben ein Recht darauf, daß der notleidende Schenker nicht in unangebrachter Großzügigkeit wichtigere und vordringlichere Pflichten zu Gunsten des Beschenkten zurückstellt. Der Schenker und seine Familie dürfen nicht wirtschaftlich und sozial herabsinken, so daß sie zum Arbeitseinsatz weniger tauglich werden oder sogar der Fürsorge zur Last fallen. Deshalb ist die Bedürftigkeit des Schuldners in Zukunft von Amts wegen zu berücksichtigen.

Die gleiche Erwägung gebietet, daß auch eine Bestimmung getroffen wird, die die Einwendung für unverzichtbar erklärt[2]). Es kann dabei keinen Unterschied machen, ob der Schuldner von vornherein auf die Einwendung verzichtet oder erst nach ihrem Entstehen, denn die Gefahr kann im zweiten Falle für ihn und seine Familie ebenso groß sein wie im ersten[3]).

Um dem Richter eine billige Entscheidung in den Fällen zu ermöglichen, in denen besondere Umstände gegen eine Kürzung der Leistungen an den Beschenkten sprechen, ist wie in der erwähnten Verordnung zur Ergänzung der Vorschriften über die Pfändung der Arbeitsvergütung vom 7. April 1938 eine Bestimmung zu Gunsten überwiegender Belange des Gläubigers aufzunehmen. Dann kann letzterer ausnahmsweise die volle oder eine weniger gekürzte Leistung verlangen. Dies wäre etwa dann anzunehmen, wenn der Schuldner für seinen standesgemäßen Unterhalt einen beträchtlichen, aber an seinen Verhältnissen gemessen nicht zu hohen Betrag verlangt, der ihm immer noch ein gutes, aber eben nur standesgemäßes Auskommen ermöglicht, während der Beschenkte auf die Erfüllung des Schenkungsversprechens angewiesen ist, um seinen Lebensunterhalt auch nur notdürftig zu fristen. Diese Abwägung zwischen den beiderseitigen Bedürfnissen sehen auch das französische Recht in Artikel 208 code civil und das österreichische Recht in § 947 des aBGB[4]) vor. Sie erscheint gerecht.

Wenn in dieser Weise der Zweck der Einwendung klar zum Ausdruck gebracht wird, so ist zugleich der Weg für das in der vorliegenden Arbeit gestellte Problem der persönlichen Geltung gewiesen. Die Betonung des öffentlichen Interesses an dem Schutze

---

[1]) Vgl. S. 5 der Arbeit.

[2]) Vgl. code civil Artikel 965.

[3]) Gegen jeden Verzicht auch der italienische Entwurf, Commissione, 3. Buch, Artikel 439 bei nachträglicher Geburt von Kindern. Dagegen ist bei Undank als einer persönlichen Angelegenheit nur der vorherige Verzicht ausgeschlossen. Art. 435.

[4]) Vgl. S. 6, N. 1 der vorliegenden Arbeit wegen des französischen, und S. 4 wegen des österreichischen Rechts.

des Schuldners gegen seinen wirtschaftlichen Ruin und die Erkenntnis, daß die Wurzel für diese Gefahr in dem Mangel eines Leistungsaustausches und der einseitigen Bevorzugung des Gläubigers liegt, werden dazu führen, daß der Gläubiger nicht nur dem Schenker persönlich, sondern jedem gegenüber, der aus dem Rechtsgrunde der Schenkung haftet, zur Rücksichtnahme verpflichtet ist.

Es empfiehlt sich deshalb bei einer Neuregelung die Einwendung allen den Personen zuzugestehen, die aus dem Rechtsgrunde der Schenkung haften. Dies wird am besten dadurch erreicht, daß man statt des Ausdrucks „Schenker" den weiter reichenden Ausdruck „Schuldner" wählt, und nicht wie bisher von dem Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners ausgeht, sondern von der von Amts wegen eintretenden Beschränkung der Ansprüche des Gläubigers. Es müßte also statt wie bisher positiv heißen „der Schenker ist berechtigt, die Leistung zu verweigern", nunmehr negativ „der Gläubiger ist insoweit nicht berechtigt, Erfüllung zu fordern...".

Die Bindung der Einwendung an bestimmte Fristen, etwa nach dem Vorbilde des code civil, des codice civile und des Schweizerischen Obligationenrechts, die den Widerruf nicht mehr zulassen, wenn seit dem zum Widerruf berechtigenden Ereignis bis zum Tode des Erblassers ein längerer Zeitraum als ein Jahr verstrichen war, dürfte nicht angebracht sein. Die Fristen beruhen insbesondere bei der Geltendmachung durch den Erben auf dem Gedanken einer vermuteten Verzeihung des Schenkers. Dieser individualethische Gedanke ist in einem neuen deutschen Gesetzbuch nicht anzuerkennen[1]).

Beim Bürgen, Schuldübernehmer und Verpfänder für fremde Schuld ist nach dem Vorbilde des § 1354 aBGB vorzusehen, daß diese Personen sich auf die Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners nicht berufen können. Andererseits ist zu verhindern, daß sie im Wege des Rückgriffs gegen den Schuldner ohne Rücksicht auf seine Notlage vorgehen können. Deshalb ist zu bestimmen, daß sie sich, wie der Gläubiger selbst, die Einwendung als unverzichtbare Beschränkung entgegenhalten lassen müssen, gleichviel ob ihre Ansprüche auf Gesetz oder auf Vertrag beruhen. Damit wird auch einem übereilten Einspringen für den Schuldner, das sich auf die Hoffnung stützt, nachträglich von ihm Ersatz zu erlangen, ein Riegel vorgeschoben.

Schließlich muß aus der Fassung hervorgehen, daß es auf eine Veränderung der Umstände seit Vertragsschluß nicht ankommt.

Weitere Einzelheiten sind der Wissenschaft und Rechtsprechung zu überlassen.

Nach alledem wird folgende Fassung vorgeschlagen:

---

[1]) anders freilich bei den wirklichen Fällen des Undanks, bei denen es sich nicht um die wirtschaftliche Erhaltung des Schenkers und seiner Familie handelt.

Erster Paragraph.

Der Gläubiger aus einem Schenkungsversprechen ist insoweit nicht berechtigt, von dem Schuldner Erfüllung zu fordern, als die Leistung den standesgemäßen Unterhalt des Schuldners oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährden würde. Auch die sonstigen Verbindlichkeiten des Schuldners sind zu berücksichtigen.

Besonderen Belangen des Gläubigers, namentlich einer überwiegenden Notlage auf seiner Seite, ist angemessen Rechnung zu tragen.

Zweiter Paragraph.

Der Schuldner kann auf die Einwendung des Notbedarfs nicht verzichten.

Dritter Paragraph.

Personen, die kraft Gesetzes Unterhaltsansprüche gegen den Schuldner des Schenkungsversprechens haben, sowie der Schuldner selbst können den Beschenkten auf angemessene Ergänzung ihres Unterhalts bis zur Höhe der vom Beschenkten empfangenen Leistungen in Anspruch nehmen, wenn ihr standesgemäßer Unterhalt durch die Erfüllung des Schenkungsversprechens verkürzt worden ist.

Bei der Entscheidung sind die Verhältnisse der Beteiligten billig gegeneinander abzuwägen.

Vierter Paragraph.

Der Bürge, der Schuldübernehmer und der Verpfänder für eine fremde Schuld können sich nicht darauf berufen, daß der Gläubiger wegen der Bedürftigkeit des Schuldners nicht berechtigt ist, von diesem volle Erfüllung zu fordern.

Rückgriffsansprüche dieser Personen gegen den Schuldner, gleichviel ob sie auf Vertrag oder auf Gesetz beruhen, unterliegen den gleichen Beschränkungen, denen die Ansprüche des Gläubigers gegen den Schuldner unterworfen waren.

Schrifttum.

1. Lehrbücher, Kommentare und Handwörterbuch.

Anson-Prochownik: Die Grundzüge des englischen Vertragsrechts, Berlin, 1908.

Aubry et Rau: Droit Civil Francais, 5. Aufl., Paris, 1922.

Almâsi: Ungarisches Privatrecht, Berlin-Leipzig, 1923.

Baudry-Lacantinerie: Précis de Droit Civil, Paris, 1926.

ColinetCapitant: Cours Elémentaire De Droit Civil Français, 4. Aufl., Paris, 1922.

Commissione Reale Per La Riforma Dei Codice Civile. Primo Libro Progretto e Relazione, Rom, 1931.
Terzo Libro, Successioni e Donazioni, Rom, 1936.

Egger, Escher, Oser, Reichel, Wieland: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Obligationenrecht. Kommentiert von Oser. Zürich, 1915.

Ehrenzweig, System des allgemeinen Privatrechts, Wien, 1928.

Eliachewitsch, Tager et Nolde, Traité de Droit Civil et Commercial des Soviets. Paris, 1930.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Schuldverhältnisse, 12. Bearb., Marburg, 1932;
Familienrecht, 7. Bearb., Marburg, 1931; Erbrecht, 8. Bearb., Marburg, 1930.

Hasenöhrl: Österreichisches Obligationenrecht. Wien, 1881.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung und den Nebengesetzen, 6. u. 7. Aufl., Berlin-Leipzig, I. Bd., 1931; II. Bd., 1936.
Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens, Berlin, 1938.

Josserand: Cours de Droit Civil Positif Français. 2. Aufl., Paris, 1932/33.

Karplus: Handbuch des englischen Privatrechts. Leipzig, 1917.

Klang: Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. Wien, 1934.

v. Kirchstetter: Commentar zum Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuch. Wien, 1868.

Krainz: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Wien, 1917.

Krasnopolski: Österreichisches Obligationenrecht. Leipzig-Wien, 1910.

Lehr: Eléments de Droit civil scandinave, Paris, 1901.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. Berlin, 1928/29.

Pacchioni: Elementi di Diritto Civile, 3. Aufl. Turin, 1926.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. u. 5. Aufl., Berlin-Leipzig, 1928 und 1938.

Planiol et Ripert: Traité Pratique de Droit Civil Français. Bd. V, Paris, 1933; Bd. VII, Paris, 1931.

Pfundtner-Neubert: Das neue deutsche Reichsrecht.

Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, in Gemeinschaft mit Heinrici, Mü-

gel, Simons*, Titze und Wilke, herausgegeben von Schlegelberger, Bd. 6, Berlin, 1938. Abhandlung über die Schenkung von Siebert.
Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 8. Aufl. Berlin-Leipzig, 1934/35.
Ruggiero, R. de: Istituzioni de Diritto Civile, 7. Aufl. Messina/Mailand, 1935.
Schirrmeister-Prochownick: Das Bürgerliche Recht Englands, Berlin, 1916, 1910, 1929.
Siber: Schuldrecht, Leipzig, 1931.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 6. Aufl., Stuttgart, Leipzig, Berlin, 1937.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin, 1897.
J. v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, 9. Aufl.; Schuldrecht, 10. Aufl., München, Berlin, Leipzig.
Stephen's Commentaries on the laws of England: General Editor: G. C. Cheshire, 19. Aufl., London, 1928.
Titze: Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1932.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen, 1925.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl., Tübingen, 1930.
Zachariae-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts, Freiburg, 1895.
Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. 1, Frankreich, v. Heinsheimer-Wolff-Kaden-Merk, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1932.

2. **Einzelschriften.)***

Barda: L'exécution spécifique des Contrats. Etude de Droit Anglais Comparé. Paris, 1928.
Benrey, Joseph J.: De la Cession de Dettes, Dissertation Genf 1910.
Düll: Zur Lehre vom Widerruf, München, 1934.
Otto v. Gierke: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig, 1889.
Hellwig: Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft. Leipzig, 1901.
Köhler, Rudolf: Die Formen der translativen Schuldübernahme in rechtsvergleichender Darstellung, Dissertation, Leipzig, 1929.
Oertmann: Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff,

*) Das allgemeine Schrifttum unter ist nur mit dem Namen der Verfasser zitiert. Die Einzelschriften unter 2 sind mit dem Namen des Verfassers und dem — zum Teil abgekürzten — Titel zitiert.

Leipzig-Erlangen, 1921.
Oppenheim: Das Schenkungsversprechen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Dissertation, Heidelberg 1906.
Reichel: Die Schuldmitübernahme, München, 1909.
Schmid, Hans: Die Schenkung nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Dissertation Zürich, 1909.
Stahl: Die clausula rebus sic stantibus im Bürgerlichen Gesetzbuch, München, 1910.
Strohal: Die Schuldübernahme, in Iherings Jahrb. Bd. 57.
Titze: Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin, 1910.
Titze: Richtermacht und Vertragsinhalt, Tübingen, 1921.
Tobler: Schutz des Bürgen, Bern, 1926.
Trappenberg: Kann der delegierte Schenker dem Delegator gegenüber das beneficium competentiae geltend machen? Dissertation, Erlangen, 1898.
Zipperling: Wesen des beneficium competentiae in geschichtlicher Entwicklung, Marburg, 1907.

3. Aufsätze.**)

Bibergeil: Vermögensübernahme, in Rechtsfragen der Praxis, Bd. 44, Halle-Leipzig-Berlin, 1931.
Demelius: Vertragsübernahme, in Jherings Jahrb. Bd. 72, insbes. S. 259 ff.
Fischer: Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen, in Jherings Jahrb., Bd. 34, S. 454 ff.
Knoke: Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme, in Jher. Jahrb. Bd. 60, S. 407 ff., insbes. 427.
Krückmann: Kalkulationsirrtum und ursprüngliche Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit, in Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 128, S. 157 ff., insbes. S. 190.
Krückmann: Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt, in Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 131, S. 1 ff.
Krückmann: Irrtum, veränderte Umstände und Geschäftsgrundlage, in LZ 1933, Sp. 481 ff.
Radicke: Das beneficium competentiae bei der Verbürgung und bei der Schuldübernahme, in Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 32, S. 398 ff.
Reatz: In Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs.
Reatz: Gutachten Nr. XVI, in den Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages, Berlin, 1889.
Ritter: Die Rechtswohltat des Notbedarfs, in Gruchots Beitr. Bd. 46, S. 43 ff.

4. Zeitschriften, Entscheidungssammlungen und Gesetzesmaterialien.

ArchZivPr. = Archiv für die Zivilistische Praxis.
ArchBürgR. = Archiv für das Bürgerliche Recht.

**) Zitiert mit dem Namen des Verfassers und der in der üblichen Weise — z. B. JW — abgekürzten Fundstelle.

Gruch = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hess.Rspr. = Hessische Rechtsprechung.
Iher.Jahrb. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des deutschen Rechts.
JW. = Juristische Wochenschrift.
LZ. = Leipziger Zeitschrift.
Motive = Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin-Leipzig, 1888.
Protokolle = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, 1898.
Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
OLG. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seuff.A. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Warn. = Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts.
ZADR. = Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.

Lebenslauf.

Ich wurde am 12. November 1910 zu Bitterfeld als Sohn des Dipl.-Ing. Bergwerksdirektors Gustav Weyer geboren. Ich besuchte dort das Reformrealgymnasium und bestand die Reifeprüfung am 9. März 1929. Danach studierte ich von 1929 bis 1933 in Kiel, Grenoble, München und Berlin Rechts- und Staatswissenschaften. Am 17. November 1933 bestand ich in Berlin das Referendarexamen, nach Ableistung des Vorbereitungsdienstes ebendort das Assessorexamen am 16 Dezember 1937.

Bei der Gestaltung der vorliegenden Arbeit gab mir Herr Universitätsprofessor Dr. Titze wertvolle Anregungen insbesondere bei der Auswahl der verglichenen fremden Rechte, wofür ich ihm auch an dieser Stelle herzlich danke.